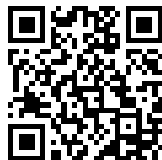


---

This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google™ books

<https://books.google.com>





## A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

## Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

- + *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.
- + *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.
- + *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.
- + *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

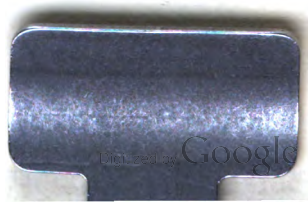
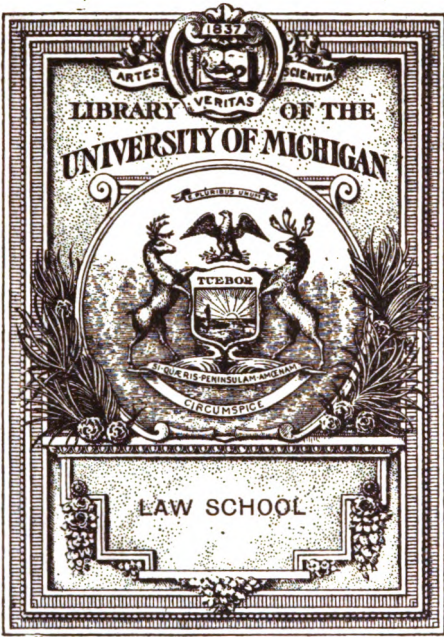
## À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse <http://books.google.com>



only  
copies  
of  
J.S.

K21 .C725x



FL2  
R46  
C934

Star  
A3837









**REVUE CRITIQUE**  
**DE**  
**LÉGISLATION**  
**ET DE**  
**JURISPRUDENCE**

---

PARIS. — IMPRIMERIE F. PICHON, 30, RUE DE L'ARBALÈTE, & 24, RUE SOUFFLOT.

---

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

# REVUE CRITIQUE

DE

# LÉGISLATION

ET DE

# JURISPRUDENCE

PAR MM.

**PAUL PONT**

Prés. de Ch. honor. à la Cour de cass.,  
Membre de l'Institut.

**LÉON AUGOC**

Ancien prés. de section au Cons. d'État,  
Membre de l'Institut.

**BATBIE**

Profess. à la Faculté de droit de Paris,  
Sénateur.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

- C. ACCARIAS, inspecteur général des Facultés de droit;
- GABRIEL DEMANTE, professeur à la Faculté de droit de Paris
- ALBERT DESJARDINS, professeur à la Faculté de droit de Paris
- LABBÉ, professeur à la Faculté de droit de Paris;
- ED. LAFERRIÈRE, président de section au Conseil d'État;
- CH. LYON-CAEN, professeur à la Faculté de droit de Paris;
- L. RENAULT, professeur à la Faculté de droit de Paris;

ET DE MM.

- G. DEBACQ, avocat à la Cour d'appel de Paris; G. LEBRET, professeur agrégé à la Faculté de droit de Caen; CH. MASSIOLI, professeur agrégé à la Faculté de droit de Montpellier; H. MONNIER, professeur agrégé à la Faculté de droit de Caen; PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry; PLANIOL, professeur agrégé à la Faculté de droit de Rennes; CH. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble; E. THALLER, professeur à la Faculté de droit de Lyon; WALLON, professeur agrégé à la Faculté de droit de Toulouse.

49461

XXXIII<sup>e</sup> ANNÉE

Nouvelle série. — TOME XIII.

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, Sr, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,  
24, rue Soufflot, 24

1884



## EXAMEN DOCTRINAL

### JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

(Année judiciaire 1882-1883).

Par M. E. WALLON, agrégé près la Faculté de droit de Toulouse.

*Contributions directes.* — Un établissement charitable est-il imposable à la contribution des patentes ?

*Cultes.* — Les décisions du consistoire constituent-elles de véritables jugements ? comment l'appel de ces décisions doit-il être formé ?

*Délégation des pouvoirs du maire.* — Le maire peut-il déléguer à un conseiller municipal quelconque une partie de ses pouvoirs ?

*Domages-intérêts.* — Le voisinage d'une manufacture de poudres constitue-t-il, par lui-même, un dommage de nature à donner droit à une indemnité, alors qu'aucun accident ne s'est encore produit ?

*Elections municipales.* — La loi des 30 novembre-31 décembre 1875 sur l'élection des députés est-elle applicable, dans certaines de ses dispositions, aux élections municipales ?

*Pensions civiles.* — Les enfants mineurs d'une femme fonctionnaire, décédée titulaire d'une pension de retraite, ont-ils droit à un secours annuel ?

*Sonnerie des cloches.* — Le maire peut-il déroger au règlement concerté entre l'évêque et le préfet ? — Est-il absolument libre, aux cas non prévus par le règlement, de donner ou de refuser son autorisation ? — A-t-il le droit d'ordonner des sonneries ?

#### CONTRIBUTIONS DIRECTES.

Un établissement charitable est-il imposable à la contribution des patentes ?

Le Conseil d'État, appelé plusieurs fois à résoudre cette question, s'est prononcé, tantôt pour l'affirmative, tantôt pour la négative.

1<sup>o</sup> Par un arrêt en date du 21 janvier 1881 (Rec. des arr. du Cons. 1881, 84) il a décidé que l'établissement religieux de Saint-François-Régis, contenant plusieurs chambres destinées aux personnes qui viennent à Paray-le-Monial faire des retraites de piété, et qui sont dans l'usage de verser une rétribution à

titre d'indemnité, constitue une maison particulière de retraite et donne lieu à l'imposition des droits de patente.

2° Le 29 juillet 1881 (Rec. des arr. du Cons. 1881, 752), il a été également admis que l'établissement de retraite des Pères Jésuites de Paray-le-Monial est imposable à la contribution des patentes.

Au cours de l'année 1882-1883, le Conseil d'État a, au contraire, jugé :

1° Que l'asile de la Providence, ayant pour but de servir de retraite aux pauvres vieillards et aux indigents infirmes des deux sexes de la ville de Paris, doit être exempt de la patente, bien qu'à raison de l'insuffisance de sa dotation, cet établissement exige de ses pensionnaires une prestation annuelle. C. d'État, 13 janvier 1882 (Rec. des arr. du Cons. 1882, 34);

2° Que la Société philanthropique de Paris créée en vue de distribuer des aliments à la classe pauvre, soit gratuitement, soit à un prix inférieur au prix de revient, n'est pas soumise à la patente. C. d'État 19 mai 1882 (Rec. des arr. du Cons. 1882, 504);

3° Que pareille solution doit être admise dans une hypothèse où il s'agissait, non plus d'une société, mais d'un simple particulier, le sieur Ruel, fondateur d'un établissement alimentaire dans un but d'assistance de la classe pauvre. C. d'État 19 mai 1882 (Rec. des arr. du Cons. 1882, 504);

4° Enfin, qu'on doit également exempter de la patente l'Orphelinat d'Arras, dans lequel les enfants et les jeunes gens sont admis, les uns gratuitement, les autres moyennant une rétribution insuffisante pour couvrir leurs dépenses. C. d'État, 9 juin 1882 (Rec. des arr. du Cons. 1882, 544).

De ce relevé il résulte que les décisions de l'année 1881 sont en opposition avec celles de l'année 1882.

A quoi tient cette divergence? Le Conseil d'État a-t-il, en 1882, inauguré une nouvelle jurisprudence? ou bien, se trouvant en présence de situations opposées, n'a-t-il pas plutôt été fatalement conduit par l'application des mêmes principes, à des solutions différentes? C'est ce que nous avons à examiner.

Remarquons, tout d'abord, que dans les six arrêts ci-dessus rapportés, il s'est agi, tantôt d'établissements d'utilité publique,

tantôt de simples établissements privés. L'asile de la Providence et la Société philanthropique de Paris ont été reconnus d'utilité publique, tandis que les deux maisons de Paray-le-Monial, l'orphelinat d'Arras et la pension alimentaire du sieur Ruel, n'ayant été l'objet d'aucune reconnaissance, sont essentiellement privés.

Cette circonstance qu'un établissement est d'utilité publique devait-elle exercer une influence quelconque sur la décision des juges ? On aurait pu soutenir que le caractère d'utilité publique conféré à un établissement entraîne nécessairement l'exemption de la patente, et argumenter, à l'appui de cette thèse, de la situation des neuf établissements publics généraux dépendant du ministère de l'Intérieur qui sont tous exempts des droits de patente. Une pareille assimilation serait tout à fait inexacte. On sait, en effet, que s'il y a entre les établissements publics et les établissements d'utilité publique de nombreuses analogies, il existe aussi entre eux de telles différences que, vouloir les placer sur la même ligne, en dehors d'un texte de loi, serait une prétention bien téméraire. D'autre part, il est assez difficile de comprendre comment le caractère d'utilité publique suffirait pour faire dispenser l'établissement des droits de patente. Aussi, rejeterons-nous les considérants suivants qui figurent dans les arrêts des 19 mai et 13 janvier 1882 : « Considérant que l'asile de la Providence a été reconnu d'utilité publique par ordonnance du 24 décembre 1817 » ; « Considérant que la Société philanthropique a été reconnue comme établissement d'utilité publique et que ses statuts ont été approuvés par ordonnance royale en date du 27 septembre 1839. » Ces considérants sont inutiles ; ils sont même dangereux, puisqu'ils tendraient à faire croire que le Conseil d'État a voulu établir, au point de vue de la patente, une distinction entre les établissements privés et les établissements d'utilité publique. Telle n'a pas été sa pensée. Pour s'en convaincre, il suffit de remarquer que, à la même date, le 19 mai 1882, ont été rendues deux décisions conformes, à l'occasion d'établissements dont l'un est d'utilité publique et l'autre simplement privé.

Cette distinction écartée, recherchons à quelles conditions un établissement charitable sera imposable à la contribution des patentes.

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 15 juillet 1880, « tout individu, français ou étranger, qui exerce en France un commerce, une industrie, une profession non compris dans les exceptions déterminées par la présente loi, est assujéti à la contribution des patentes. » Il s'agit donc de savoir dans quel cas un établissement charitable exerce un commerce, une industrie ou une profession.

La loi, en établissant l'impôt des patentes, a voulu atteindre les bénéfices moyens ou probables des commerçants, des industriels, ou de ceux qui exercent des professions libérales. Par conséquent, celui-là seul peut être assujéti à la patente qui exerce un commerce, une industrie ou une profession, en vue de réaliser des bénéfices. Peu importe, d'ailleurs, que le bénéfice soit réalisé ou non. Sans doute, lorsque l'opération se solde par un déficit, l'équité exigerait que le contribuable obtint remise de la patente, puisque la patente est un prélèvement sur le gain; mais cette solution impliquerait la possibilité de déterminer exactement la somme de bénéfices réalisés. Or, ce résultat peut-il être atteint? Deux moyens ont été proposés : le premier, consistant dans la déclaration des contribuables, sous la foi du serment; le second, dans l'immixtion de l'État dans les affaires privées. Ces deux procédés ont paru inacceptables, à raison des inconvénients et des abus auxquels ils donneraient lieu. Aussi, le législateur a-t-il eu recours à un troisième système, quelquefois, il est vrai, injuste dans l'application, mais, assurément, beaucoup moins défectueux que les deux précédents; c'est le système des bénéfices présumés. Pour savoir si un établissement est imposable, il faudra donc rechercher, non pas s'il réalise des bénéfices, mais s'il a été fondé dans une pensée de lucre. La question se réduit à une question de fait. Toutefois, dans la pratique, la solution présentera souvent de sérieuses difficultés. En effet, un grand nombre d'établissements charitables, ne pouvant faire face à leurs dépenses au moyen des subventions publiques ou privées, exigent de leurs pensionnaires une prestation annuelle. Il y aura lieu de comparer le prix de la pension au prix de revient, et d'examiner soigneusement si, sous la dénomination d'établissement charitable, ne se dissimule pas une véritable exploitation commerciale ou industrielle.



Dans les six arrêts précités, le Conseil d'État nous paraît avoir fait une exacte application de ces principes. En ce qui concerne les établissements des Dames de la retraite et des Pères Jésuites de Paray-le-Monial, l'idée de spéculation résultait de diverses circonstances et notamment de ce fait que les offrandes laissées par les retraitants suffisaient amplement à indemniser l'établissement des dépenses occasionnées par leur séjour. Au contraire, relativement aux quatre autres, il a été établi par l'instruction que toute idée de lucre était étrangère à leur exploitation.

Nous admettons donc, avec la jurisprudence administrative, que sera imposable tout établissement créé en vue de réaliser un bénéfice, que ce bénéfice existe ou non.

Mais faut-il aller plus loin et décider, comme l'a fait le Conseil d'État, que sera pareillement imposable tout établissement susceptible d'un produit ? Il y a là une confusion entre les deux expressions *produit* et *bénéfice* qui répondent cependant à des notions complètement différentes. Sans doute, tout bénéfice est un produit, mais la réciproque n'est pas vraie. Le produit est l'excédant de l'actif sur le passif. Pour qu'un produit devienne un bénéfice, il est nécessaire que l'entrepreneur de l'opération profite de ce produit. Le mot *bénéfice* implique donc l'idée de gain, de profit. Ce n'est pas encore tout. Un profit quelconque ne constitue pas un bénéfice ; ainsi, les avantages moraux, les jouissances d'affection, les distractions intellectuelles, seraient improprement rangés parmi les bénéfices. Telle est du moins l'explication générale du mot *bénéfice* contenu dans l'article 1832 du Code civil (Trolong, *Contrat de société*, I, n° 12. — Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> éd. § 377, note 7). Donc, pour qu'il y ait bénéfice, il faut, d'abord, qu'il y ait profit, et, en second lieu, que ce profit soit pécuniaire ou, tout au moins, appréciable en argent. Or, nous avons posé en principe, que la patente est un prélèvement sur les bénéfices, c'est-à-dire sur le profit ; par conséquent un établissement, même susceptible d'un produit, ne sera pas patentable, si ce produit ne doit pas profiter à celui ou à ceux qui l'exploitent.

Le Conseil a jugé différemment dans l'espèce suivante : une société a organisé à Versailles, route de Saint-Cyr, un établissement de tir où le public est admis moyennant un droit d'entrée,

et où toute personne étrangère à la société peut se livrer à des exercices de tir, soit en acquittant une rétribution pour l'emploi des armes et des munitions appartenant à la société, soit en payant un droit de tir, si elle fait usage de ses propres armes et munitions. Cette société a été créée, non dans un but de spéculation, mais dans une vue patriotique et d'intérêt public, pour répandre le goût et l'habitude des exercices de tir. Son véritable caractère ressort avec évidence de son organisation, de l'approbation qu'elle a reçue du Ministre de la guerre et de la location qui lui a été consentie d'un terrain domanial. Aussi le Conseil de préfecture de Seine-et-Oise, par un arrêté du 26 novembre 1880, avait-il accordé à la société de tir de Versailles décharge de la contribution des patentes.

Par arrêté du 1<sup>er</sup> décembre 1882 (Rec. des arr. du cons. 1882, 969), le Conseil d'Etat a annulé l'arrêté du Conseil de préfecture. « Considérant, porte l'arrêt, que les faits précités constituent l'exercice de la profession de maître de tir.... » Nous ne pouvons approuver cette décision, alors que, d'après les statuts de la société, « Les membres n'ont droit à aucun partage de bénéfices, et l'actif, en cas de dissolution, doit être versé au bureau de bienfaisance. »

En résumé, et en généralisant, pour savoir si un établissement fondé dans un but, soit charitable, soit patriotique, est imposable à la patente, il faut rechercher la pensée qui a présidé à sa création. En l'absence de toute idée de lucre, quand même, en fait, il pourrait y avoir un produit effectué, cet établissement ne devrait pas être imposé.

#### CULTES.

Les décisions du consistoire constituent-elles de véritables jugements? — Comment l'appel de ces décisions doit-il être formé?

La Cour de cassation appelée, pour la première fois, à statuer sur l'application du décret réglementaire du 12 avril 1880 relatif aux élections des conseils presbytéraux, a rendu, à la date des 18 et 19 juin 1883, deux arrêts fort intéressants.

Rappelons rapidement les faits.

Le sieur Vizerie a demandé, d'abord, au conseil presbytéral

de Bergerac, puis, au consistoire de la circonscription dont Bergerac est le chef-lieu, la radiation de deux électeurs inscrits sur le registre paroissial ; il s'est fondé sur ce que ces électeurs avaient cessé d'être domiciliés à Bergerac depuis plus de trois ans. La demande en radiation ayant été rejetée, le sieur Vizerie a assigné le Président du consistoire devant le tribunal civil de Bergerac ; quant aux deux électeurs dont la radiation faisait l'objet du procès, ils n'ont pas été mis en cause. Le tribunal, par jugement du 24 janvier 1883, a déclaré le recours irrecevable par ce motif que le Président du consistoire, statuant en matière électorale, participe à un véritable jugement et, par suite, ne peut être assigné devant le juge du deuxième degré ; il se trouverait, en effet, être juge et partie.

Quelques jours plus tard, le 2 février 1883, le tribunal civil de Périgueux rendait un jugement dans les circonstances suivantes. Le sieur Garcin et autres protestants réformés de Périgueux, prétendant que l'arrondissement de Périgueux est compris dans le ressort ecclésiastique de Bergerac, avaient demandé au consistoire de cette dernière ville leur inscription sur le registre paroissial. L'inscription leur ayant été refusée, ils assignèrent le Président du consistoire de Bergerac devant le tribunal civil de Périgueux. Ce recours fut également déclaré irrecevable. « Attendu, porte le dernier considérant du jugement, que l'assignation donnée au Président du consistoire ne saurait être considérée comme un équipollent de la déclaration au greffe ; qu'elle implique une action directe que, dans sa sagesse, le législateur a voulu éviter en matière électorale, et que la nullité de cet ajournement, ne fût-elle pas demandée, devrait être prononcée d'office, parce qu'elle est d'ordre public... »

La Cour de cassation, statuant sur les pourvois des sieurs Vizerie et Garcin, a confirmé les deux jugements de Bergerac et de Périgueux.

Avant d'examiner les difficultés qui se dégagent de ces diverses décisions, nous ferons deux observations relatives, la première, à la constitutionnalité du décret du 12 avril 1880, la seconde à la question de compétence.

On a prétendu que le décret de 1880 est inconstitutionnel, car

le principe de la séparation des pouvoirs, principe fondamental de notre droit public, s'oppose à tout empiètement du pouvoir exécutif sur le pouvoir législatif. Or, dit-on, en créant des juridictions (et tel est l'un des objets du décret du 12 avril 1880) le chef de l'Etat a incontestablement commis un de ces empiètements. Donc, ce décret ne peut pas avoir force obligatoire. — Ce raisonnement est parfaitement exact, en thèse générale ; mais ne se trouve-t-on pas, ici, dans un cas exceptionnel ? Personne n'ignore que la constitution du 14 janvier 1852 a, pendant quelques mois, investi le Président de la République de la puissance législative ; or, c'est précisément durant cette période que fut rendu le décret du 26 mars 1852 sur l'organisation des cultes protestants. L'article 14 de ce décret délègue au Ministre des cultes le pouvoir d'organiser les juridictions chargées de statuer sur le contentieux des matières électorales. Il s'agit donc de savoir si cette délégation est épuisée. La Cour de cassation ne l'a pas pensé et elle estime, avec raison d'après nous, que le chef de l'Etat a pu valablement, par le décret réglementaire du 12 avril 1880, modifier les juridictions chargées de statuer sur le contentieux électoral des conseils presbytéraux.

Sur la question de compétence, le doute n'est pas possible. Les tribunaux de Bergerac et de Périgueux ont été régulièrement saisis. En effet, aux termes de l'art. 6 du décret du 12 avril 1880 « les décisions du consistoire, en matière électorale, sont susceptibles de recours. Si elles portent sur les conditions civiles de l'électorat, le recours est formé dans les dix jours de la notification, devant le tribunal civil du domicile du demandeur ». Cette disposition s'applique, tant aux demandes en inscription qu'aux demandes en radiation (art. 8). Or, dans les deux espèces ci-dessus rapportées, il s'agissait évidemment de conditions civiles de l'électorat. Quant au pourvoi en cassation, il est formellement autorisé par l'art. 6 du même décret : « La décision du tribunal est en dernier ressort, mais elle peut être déférée à la Cour de cassation ».

Abordons maintenant les deux points tranchés par les jugements et arrêts précités. Ils peuvent être formulés ainsi : 1<sup>o</sup> la décision d'un consistoire, statuant en matière électorale, consti-

tue-t-elle un véritable jugement ? 2<sup>o</sup> l'appel peut-il être formé soit par voie d'ajournement signifié à l'intimé, soit par simple déclaration au greffe, ou bien ce second mode de procéder est-il seul admissible ?

Sur le premier point, le tribunal de Bergerac et la Cour suprême ont répondu affirmativement. Dès lors, le président du consistoire, ayant été juge en première instance, ne pouvait pas être valablement intimé en appel, puisqu'il aurait été à la fois juge et partie, résultat absolument contraire aux principes essentiels de l'organisation des juridictions. Nous adoptons entièrement la solution de la Cour de cassation ; elle nous paraît se dégager, de la manière la plus évidente, des art. 5 et 6 du décret du 12 avril 1880. Aux termes de l'art. 5, les décisions du consistoire doivent être motivées et notifiées au réclamant dans un délai déterminé. D'après l'art. 6, elles sont susceptibles d'appel et elles acquièrent l'autorité de la chose jugée si le recours n'a pas été formé dans les dix jours de la notification. Elles présentent donc les caractères distinctifs des décisions judiciaires ; d'où on est en droit de conclure qu'elles constituent de véritables jugements.

En ce qui concerne la seconde question, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée. Elle pouvait s'en dispenser. Il importait peu, en effet, de savoir si le sieur Garcin avait la faculté de choisir entre l'ajournement et la déclaration au greffe ou s'il devait procéder par cette dernière voie, puisque dans tous les cas le pourvoi était irrecevable à raison de ce fait que le juge du premier degré ne peut pas figurer comme partie, soit dans l'instance d'appel, soit devant la Cour de cassation. Mais quoique, dans l'espèce, la question fût sans intérêt, il nous paraît cependant utile de l'examiner.

Et tout d'abord, dans quelles hypothèses peut-elle se poser ? Nous supposons, bien entendu, que le consistoire n'ayant pas fait droit aux prétentions du réclamant, celui-ci se pourvoit en appel devant le tribunal civil.

De deux choses l'une : ou bien, le demandeur agit en son propre nom, réclame sa propre inscription, ou bien il demande l'inscription ou la radiation d'un tiers.

Au premier cas, il ne peut pas procéder par la voie de l'ajour-

nement; car l'ajournement est un acte signifié par un demandeur à un défendeur, et ici, il n'y a pas de défendeur. Le recours devra donc être nécessairement formé par une déclaration au greffe.

Dans la seconde hypothèse, l'appelant (que ce soit un tiers ou bien celui de l'inscription ou de la radiation duquel il s'agit) pourra, sans doute, procéder par une déclaration au greffe. L'article 6 est, en effet, formel sur ce point. « Le pourvoi, dit-il, est formé suivant les règles applicables aux pourvois en matière de décisions relatives aux inscriptions sur les listes électorales ». Or, l'art. 2 du décret organique du 2 février 1852 visé par ce texte, dispose que l'appel sera introduit par simple déclaration au greffe. Mais l'appelant ne pourra-t-il pas prendre l'autre parti et signifier un ajournement à l'intimé? Le tribunal de Périgueux a répondu négativement. L'instruction ministérielle avait, par avance, combattu cette solution au moyen du raisonnement suivant : d'après l'art. 6, § 1, *in fine*, il sera statué sur le recours formé devant le tribunal civil, comme en matière sommaire; or, dans les matières sommaires on doit observer les formes de l'ajournement. Cet argument n'est pas concluant. Le § 1 de l'art. 6 ne traite nullement la question de savoir comment le recours sera formé; cette question est prévue et résolue par le § 4 du même article. L'assimilation établie par ce § 1 entre les affaires sommaires et le contentieux électoral des conseils presbytéraux existe au point de vue de l'instruction du jugement, mais non en ce qui concerne le mode d'introduction du pourvoi.

Toutefois, à défaut de texte, les principes nous paraissent condamner la thèse soutenue par le tribunal de Périgueux. Il est de règle que, au début de toute instance, le demandeur doit appeler son adversaire devant le juge compétent. Quelles raisons y a-t-il de déroger à cette règle? Nous les avons vainement cherchées.

Il n'existe pas, à notre connaissance, de décisions de la jurisprudence sur ce point. C'est qu'en effet la question est plutôt théorique que pratique. L'appelant, n'ayant aucun avantage à procéder par la voie d'ajournement, emploiera, de préférence, la forme plus simple et plus expéditive de la déclaration au greffe.

## DÉLÉGATION DES POUVOIRS DU MAIRE.

Le maire peut-il déléguer à un conseiller municipal quelconque une partie de ses pouvoirs ?

Cette question a eu, dans le pays, un tel retentissement, que, malgré les nombreuses et savantes dissertations auxquelles elle a donné lieu, nous ne croyons pas pouvoir nous dispenser d'en parler. Elle s'est présentée, pour la première fois, dans une affaire portée, d'abord, devant le tribunal de Jonzac, puis, devant la Cour de Poitiers, et, enfin, devant la Cour de cassation. Il s'agissait de savoir si un conseiller municipal, à qui le maire avait délégué la direction de la gestion de l'octroi, avait pu valablement faire dresser un procès-verbal pour contravention d'octroi, alors que ce conseiller municipal n'était pas le plus ancien dans l'ordre du tableau, et que les adjoints n'étaient ni absents ni empêchés. Le tribunal de Jonzac paraît avoir admis la validité de la délégation. S'il a annulé le procès-verbal, c'est pour d'autres motifs. (Trib. Jonzac, 31 août 1881 ; Dall., 83, 2, 49). Quant à la Cour de Poitiers, elle se prononce formellement pour la régularité de la délégation : « Attendu, dit-elle, que le décret du 4 juin 1806, et l'art. 14 de la loi du 18 juillet 1837 donnent aux maires chargés de l'administration des communes le droit de déléguer leurs pouvoirs, soit à un adjoint, soit à un membre du conseil municipal, pour les suppléer dans une partie quelconque de cette administration... » (Dall. 83, 2, 54). La Cour de cassation, dans un arrêt du 28 avril 1883 (*Jour. de Droit adm.* 1883, 273) a confirmé la décision de la Cour de Poitiers ; toutefois, elle s'est abstenue de statuer sur la légalité de la délégation.

Le 23 février 1883, le tribunal civil de la Seine avait également à juger une question de délégation, mais dans des circonstances bien autrement intéressantes. Voici sommairement les faits. En 1882, le sieur Battini et la demoiselle Laurent, le sieur Engel et la demoiselle Frey, le sieur Pélissier et la demoiselle Goertz, se sont présentés devant l'officier de l'état civil de Montrouge (Seine) pour y contracter mariage. Ces trois unions ont été prononcées publiquement et suivant les formes légales par un membre du conseil municipal délégué par le maire de la commune pour pro-

céder aux mariages. Cependant le 27 janvier 1883, à la requête du procureur de la République, assignation a été donnée aux sus-nommés devant le tribunal civil de la Seine, pour y entendre dire et juger que ces mariages sont nuls et de nul effet. Le 23 février le tribunal annule ces trois mariages. « Attendu, porte le jugement, qu'il n'est pas loisible au maire de déléguer ses fonctions à un conseiller municipal, quand ses adjoints ne sont ni absents ni empêchés, non plus qu'à tel des conseillers municipaux qu'il lui conviendrait, en cas d'absence ou d'empêchement des adjoints; qu'il résulte des documents de la cause que le conseiller municipal qui a procédé aux mariages attaqués a été délégué par le maire de la commune de Montrouge, alors que les deux adjoints n'étaient ni absents ni empêchés et alors que lui-même n'était pas le premier des conseillers municipaux dans l'ordre du tableau; que, dès lors, la délégation dont il était pourvu était doublement irrégulière et contraire à la loi... » (Dall. 1883, 2, 55).

Le 19 juin 1883, la Cour de cassation, statuant sur le pourvoi formé par son procureur général contre le jugement du tribunal civil de la Seine, admet aussi l'irrégularité de la délégation. (Journ. *Le Droit*, 24 août 1883).

Le tribunal de la Roche-sur-Yon, saisi d'une question du même genre, s'est, au contraire, prononcé pour la validité de la délégation (Trib. La Roche-sur-Yon, 13 mars 1883; Dall. 1883, 2, 55).

De toutes ces décisions nous n'en retiendrons que quatre; deux d'entre elles, celles de la Cour de Poitiers et du tribunal de la Roche-sur-Yon ont admis la régularité de la délégation; les deux autres, celles du tribunal civil de la Seine et de la Cour de cassation se sont prononcées en sens inverses.

Nous ferons observer que dans les affaires ci-dessus rapportées, la délégation n'avait trait qu'aux attributions du maire comme officier de l'état civil et comme chargé de la gestion de l'octroi; mais, elle pourrait comprendre toute autre attribution du maire. Aussi, pour envisager la question de la façon la plus large, devons nous la formuler ainsi: Le maire peut-il déléguer à un conseiller municipal quelconque une partie de ses attributions?

La négative nous paraît incontestable.



Remarquons, tout d'abord, qu'il y a deux sortes de délégations : la délégation faite par la loi elle-même et la délégation volontaire émanant du maire. La première, plus exactement appelée *suppléance*, est actuellement régie par la loi du 5 mai 1855. D'après son article 4 : « En cas d'absence ou d'empêchement, le maire est remplacé par un de ses adjoints, dans l'ordre des nominations. En cas d'absence ou d'empêchement du maire et de ses adjoints, le maire est remplacé par un conseiller municipal désigné par le préfet, ou, à défaut de cette désignation, par le conseiller municipal le premier dans l'ordre du tableau. »

Quant à la délégation volontaire, qui doit seule nous occuper, elle est réglée par l'article 14 de la loi du 18 juillet 1837, aux termes duquel « le maire est chargé seul de l'administration, mais il peut déléguer une partie de ses fonctions à un ou plusieurs de ses adjoints, et, en l'absence des adjoints, à ceux des conseillers municipaux qui sont appelés à en faire les fonctions. » *Appelés*, dit l'article. Par qui ? par la loi ; ce qui revient à dire que pour déterminer ces conseillers municipaux il faut appliquer les règles de la suppléance. Par conséquent, en l'absence d'adjoints, le maire doit s'adresser, d'abord, au conseiller municipal le premier dans l'ordre du tableau et aux suivants successivement, en cas d'empêchement de ceux qui précèdent.

Ce texte ne laisse donc place à aucun doute, à aucune équivoque. Cependant des autorités considérables, en tête desquelles figure l'éminent Procureur général de la Cour de cassation (voir Journ. *Le Droit*, 24 août 1883) ont soutenu que la loi de 1837 est étrangère à la délégation des fonctions du maire comme officier de l'état civil. Cette loi, dit-on, vise seulement les attributions administratives du maire ; pour les actes de l'état civil, il faut se référer à la loi des 20-25 septembre 1792, qui est, encore aujourd'hui, la véritable règle de la matière. Or, la loi de 1792 a établi le principe de la délégation volontaire en vertu duquel le maire peut charger un membre quelconque du conseil municipal des fonctions d'officiers de l'état civil.

Cette argumentation très ingénieuse ne nous a pas convaincu. Elle est en opposition formelle avec la loi de 1837 qui, dans ses termes généraux, comprend toutes les fonctions du maire et non

pas seulement ses fonctions administratives. L'art. 9 dispose, en effet : « Le maire est chargé, sous l'autorité de l'administration supérieure : 1° de la publication et de l'exécution des lois et règlements; 2° *des fonctions spéciales qui lui sont attribuées par les lois...* » À cet argument de texte viennent se joindre des considérations dont nul ne contestera la valeur. Le système de la libre délégation du maire serait la négation même de l'institution des adjoints. Que deviendraient les dispositions de lois qui limitent le nombre des adjoints et qui en attribuent la nomination au conseil municipal ? Elles seraient lettre morte, si le maire pouvait à son gré se donner autant d'adjoints qu'il le désirerait et procéder lui-même à leur désignation, au lieu et place du conseil municipal. La conséquence d'une pareille théorie serait, comme on l'a si bien dit <sup>1</sup> « la substitution à la règle de l'unité de l'émission de l'autorité municipale au profit des conseillers municipaux électeurs du maire. En fait, au lieu d'un maire il y en aurait dix ou davantage, et, partant, il n'y aurait plus de maire. Ce serait, en même temps, l'anéantissement de la responsabilité municipale au détriment des intérêts individuels et des intérêts généraux de la commune. Ces administrations quasi-collectives ne tarderaient pas à jeter l'anarchie dans les fonctions municipales et dans la gestion des intérêts communaux. »

Nous concluons donc à l'irrégularité de la délégation faite par le maire à un conseiller municipal, alors que les adjoints et les autres conseillers municipaux qui précèdent le délégué dans l'ordre du tableau ne sont ni absents ni empêchés.

Mais quel sera le sort des actes auxquels aura concouru le conseiller municipal irrégulièrement délégué ?

En thèse générale, les tribunaux devront en prononcer la nullité, car une délégation irrégulière est considérée comme non avenue. L'acte a été passé par un agent qui ne peut invoquer d'autre titre que celui de conseiller municipal. Or, ce titre ne saurait lui conférer le pouvoir d'exercer l'action administrative exclusivement réservée au maire ou à son représentant par l'art. 14 de la loi de 1837 : « Le maire est chargé seul de l'administration. »

<sup>1</sup> Ducrocq, note dans Dalloz 1883, 2, 49.

Cette disposition n'est, d'ailleurs, que l'application du principe fondamental posé par la loi du 28 pluviôse an VIII en tête de notre organisation administrative, et ainsi formulé : « Agir est le fait d'un seul, délibérer est le fait de plusieurs. »

Donc, nullité de tous les actes passés par un conseiller municipal irrégulièrement délégué, que ces actes soient relatifs à la gestion de l'octroi, à la police municipale, à la police rurale, à la voirie municipale, ou à toute autre branche de l'autorité municipale.

Ne faudra-t-il pas cependant faire une exception pour les actes de l'état civil et, notamment, pour les mariages célébrés à Montrouge et à La Roche-sur-Yon? L'application de nos principes conduirait nécessairement à la nullité de ces mariages. Néanmoins, nous admettons qu'il est des cas où cette nullité peut ne pas être prononcée. Sans examiner à fond cette question qui rentre dans le domaine du droit civil, nous nous contenterons d'indiquer rapidement les motifs de notre solution et de montrer qu'elle est exempte de tout reproche de contradiction.

On sait que le législateur a soigneusement distingué entre les conditions requises pour l'existence d'un mariage et les conditions simplement nécessaires à sa validité. Parmi les premières, figure la célébration devant un officier de l'état civil ; parmi les secondes, la compétence de cet officier de l'état civil. En d'autres termes, l'absence de célébration devant un officier de l'état civil rend le mariage inexistant ; l'incompétence de l'officier de l'état-civil peut le rendre annulable.

Cela dit, demandons-nous si les mariages célébrés à Montrouge sont inexistantes. Le tribunal civil de la Seine l'a pensé, par ce motif que les conseillers municipaux irrégulièrement délégués n'ont pas plus de pouvoir, comme officiers de l'état civil, que n'en aurait un simple particulier. L'argument n'est pas probant. Les membres du conseil municipal tiennent de la loi des 20-25 septembre 1792 la qualité d'officiers de l'état-civil ; ils ont, indépendamment de toute délégation, l'aptitude légale à exercer ces fonctions ; ils font, en effet, partie du corps municipal auquel la loi de 1792 a confié le service de l'état civil. Sans doute, cette aptitude n'existe, chez eux, qu'à l'état latent, qu'à l'état de germe ;

pour être complète, elle est subordonnée à la régularité de la délégation ; mais il est inexact de soutenir que l'absence ou l'irrégularité de toute délégation enlève aux conseillers municipaux une qualité que la loi leur a conférée. Tout ce qu'on peut dire, c'est que la qualité sera défectueuse, entâchée d'un vice. Ils ont donc la jouissance des fonctions d'officier de l'état civil, mais ils n'en ont pas l'exercice ; en d'autres termes, ils sont officiers de l'état civil, mais officiers incompetents. Par conséquent, nous nous trouvons en présence d'un cas de nullité et non d'inexistence.

Cette nullité devra-t-elle nécessairement être prononcée par le juge ? En matière de mariage, la question est résolue par les articles 191 et 193 du Code civil. De la combinaison de ces deux textes, il résulte que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier le point de savoir si la violation des règles de compétence commise dans la célébration du mariage est, ou non, assez grave pour en entraîner la nullité.

Voici donc notre conclusion : En principe, les tribunaux devront prononcer la nullité des actes accomplis par un conseiller municipal irrégulièrement délégué ; toutefois, pour les mariages, ils pourront, en vertu de leur libre pouvoir d'appréciation, soit les annuler, soit les déclarer valables. Cette différence de solutions tient à ce que les actes de mariage sont régis par des règles spéciales écrites dans les articles 191 et 193 du Code civil.

#### DOMMAGES-INTÉRÊTS.

Le voisinage d'une manufacture de poudre constitue-t-il, par lui-même, un dommage de nature à donner un droit à indemnité, alors qu'aucun accident ne s'est encore produit ?

Un arrêt du 10 février 1882 (Rec. des arr. du cons., 1882, 139) a résolu la question négativement. Voici l'espèce sur laquelle le Conseil d'État avait à statuer. Le sieur Smith est propriétaire d'un immeuble voisin de la manufacture de poudres de Sevrans-Livry. Cette manufacture, créée en 1867, était, à cette époque, affectée à la fabrication des poudres de commerce, et, à ce titre, elle dépendait du ministère des finances ; aussi, toutes les formalités requises par le décret du 15 octobre 1810 pour la création des établissements dangereux, incommodes ou insalubres

de première classe, furent-elles accomplies. Plus tard, en vertu d'un décret du 13 novembre 1873, la poudrerie changea absolument de caractère ; elle fut affectée à la fabrication des poudres de guerre et placée dans les attributions du ministère de la guerre. Les locaux étant devenus insuffisants, deux arrêtés du préfet de Seine-et-Oise autorisèrent successivement, en 1874 et en 1877, l'extension de la manufacture. Mais, soit en 1874, soit en 1877, on ne procéda pas aux enquêtes prescrites par le décret du 15 octobre 1810.

Le sieur Smith introduisit alors deux requêtes, l'une, devant le Conseil de préfecture, l'autre, devant le Ministre de la guerre. Au Conseil de préfecture, il demandait l'annulation des arrêtés préfectoraux, à raison de la violation du décret de 1810. Devant le Ministre de la guerre, il invoquait la dépréciation causée à son immeuble par le voisinage de la poudrerie, et, pour ce motif, il réclamait une indemnité. Les deux demandes furent rejetées. Le Conseil d'Etat, saisi de la difficulté, a confirmé les décisions du Conseil de préfecture et du Ministre de la guerre.

Nous approuvons entièrement la solution du Conseil d'Etat.

En ce qui concerne la question soulevée devant le Conseil de préfecture, le doute ne paraît pas possible. Il est, en effet, de règle que la législation sur les établissements dangereux, incommodes ou insalubres est inapplicable aux établissements créés pour les services publics et dont l'existence intéresse la sûreté et la défense du territoire. Or, la manufacture de Sevran-Levry a revêtu, depuis 1873, ce dernier caractère. On n'avait donc pas besoin d'observer les formes du décret du 15 octobre 1810.

Sur le second point, la solution de l'arrêt précité ne saurait, non plus, être critiquée. Le sieur Smith a été débouté de sa demande par ce motif « qu'il ne justifiait d'aucun dommage né et actuel. » La thèse du Conseil d'Etat se réduit donc à une distinction entre le dommage né et actuel résultant de l'explosion de la poudrerie et le dommage simplement éventuel consistant dans la dépréciation de l'immeuble, à raison du danger d'une explosion possible. Le droit à indemnité prendra naissance uniquement lorsque ce danger se sera réalisé. Cette distinction déjà admise dans de nombreux arrêts relatifs au voisinage des polygones et champs de

tir. (Voir notamment arrêt du 10 mars 1874, Rec. des arr. du Cons., 1874, 223) est parfaitement juridique (Démolombe, XXXI, n° 673) <sup>1</sup>

Vainement soutiendrait-on que la dépréciation de l'immeuble occasionnée par le voisinage de la poudrerie constitue un dommage fixe et actuel. Tant que le danger ne s'est pas réalisé, de quoi le sieur Smith se plaindrait-il ? De ce qu'il ne trouve plus de locataires ? Mais si cette réclamation était admise, il n'est pas un propriétaire à qui il ne fallût reconnaître un droit à indemnité. L'un se plaindrait de ce que son voisin a construit un mur qui masque sa vue ; un second, de ce que le voisin, en donnant à son jardin ou à son parc une nouvelle destination, lui enlève une partie des agréments qu'il en retirait, etc. etc... Prétentions évidemment inadmissibles !

#### ÉLECTIONS MUNICIPALES.

La loi des 30 novembre-31 décembre 1875 sur l'élection des députés est-elle applicable, dans certaines de ses dispositions, aux élections municipales ?

Cette question, déjà plusieurs fois résolue, s'est représentée, en 1883, dans les circonstances suivantes : Des élections municipales ayant eu lieu à Tours, le 4 juin 1882, et un second tour de scrutin étant nécessaire, le sieur Delahaye, électeur, demanda au maire la communication des listes d'émargement. Il invoquait, à l'appui de sa demande, l'art. 5, § 2 de la loi des 30 novembre-31 décembre 1875, aux termes duquel « les listes d'émargement de chaque section signées du président et du secrétaire demeureront déposées pendant huitaine au secrétariat de la mairie où elles seront communiquées à tout électeur requérant. Le maire

<sup>1</sup> Une décision conforme est contenue dans l'arrêt du 4 janvier 1878 (Rec. des arr. du Cons. 1878, 18), le seul, à notre connaissance, qui ait tranché la question d'indemnité à raison du voisinage d'une poudrerie. Mais cet arrêt ne saurait être invoqué à titre de précédent, car, dans l'espèce, les habitations avaient été établies postérieurement à l'existence de la poudrerie, circonstance de nature à enlever toute espèce de fondement à la réclamation du requérant. Dans notre hypothèse, au contraire, la maison du sieur Smith était déjà construite à l'époque de la création de la poudrerie.

refusa cette communication et, malgré sommation à lui faite par huissier, il persista dans son refus. Le sieur Delahaye déféra au Conseil d'État la décision du maire comme entachée d'excès de pouvoirs.

Le Conseil devait examiner une double question : 1° Y avait-il excès de pouvoirs ? 2° En supposant ce point résolu affirmativement, le pourvoi était-il recevable ?

1° L'excès de pouvoirs a été admis par l'arrêt du 8 juin 1883. (Rec. des arr. du Cons., 1883, 543) : « Considérant, y est-il dit, que, d'après l'art. 5, § 2 de la loi du 30 novembre 1875, les listes d'émargement doivent demeurer pendant huitaine au secrétariat de la mairie où elles seront communiquées à tout électeur requérant; que, dès lors, en refusant de communiquer au sieur Delahaye les listes d'émargement relatives aux élections dont il s'agit, le maire a commis un excès de pouvoirs..... » Le Conseil d'État ne paraît pas avoir mis en doute l'application de la loi de 1875 aux élections municipales. Sa jurisprudence est, du reste, constante en ce sens. C'est ainsi que l'art. 3 qui, notamment, défend à tout agent de l'autorité publique ou municipale de distribuer des bulletins de vote, professions de foi et circulaires des candidats, a été étendu aux élections départementales (arrêt du 25 janvier 1878, Rec. des arr. du Cons., 1878, 95; arrêt du 3 janvier 1881, Rec. 1881, 10) et aux élections municipales (Arrêt 6 août 1878, Rec., 1878, 829).

Nous pensons, au contraire, avec la jurisprudence judiciaire Cass., 24 mai 1878 (Sirey, 1878, 1, 437), Aix; 11 mars 1881 (Sirey, 1881, 2, 60), que la loi de 1875 doit être appliquée dans son sens restrictif et ne saurait être étendue, par analogie, aux élections, soit départementales, soit municipales. Cette solution résulte, de la manière la plus formelle, non seulement de l'esprit de la loi, mais encore de sa rubrique : « Loi organique du 30 novembre 1875 sur l'élection des députés. » Quels sont donc les arguments invoqués par nos adversaires ? Quant à l'argument de texte, il fait complètement défaut ; nous ne connaissons, en effet, aucune disposition qui permette d'appliquer la loi de 1875 à des élections autres que celles des députés. Resté l'argument d'analogie. Mais cet argument est-il bien concluant ? Les partisans du

système admis par le Conseil d'État ne voient-ils pas que, pour peu qu'ils étendent l'analogie, ils en arrivent à déclarer que le but de la loi de 1875 a été de régler d'une manière générale le fonctionnement du suffrage universel? Pour être logiques, ne seront-ils pas forcés de considérer comme abrogées la loi du 14 avril 1871 sur les élections municipales, et la fraction de la loi du 10 avril 1871 relative aux élections départementales?

2° Même en supposant que la décision du maire fût entachée d'excès de pouvoirs, le Conseil d'État ne devait-il pas déclarer le recours irrecevable? Telle est la seconde question à résoudre.

A l'appui de l'irrecevabilité, on argumentait ainsi : Le recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'État doit être écarté toutes les fois que les parties peuvent faire valoir leurs droits, d'une manière quelconque, devant une autre juridiction. Or, dans l'espèce, le sieur Delahaye pouvait se pourvoir devant le Conseil de préfecture, juge ordinaire de toutes les réclamations relatives à la validité des élections. S'il se plaignait, en effet, du refus de communication, c'était évidemment parce que ce refus avait eu une influence directe sur le résultat de l'élection. Donc, le Conseil d'État devait se déclarer incompétent. En faveur de cette solution, on invoquait notamment les arrêts des 19 mai 1865, 28 février 1866, 17 août 1866, 10 juillet 1867, 26 décembre 1872, 24 juin 1874, 30 avril 1875, 14 février 1876, 25 février 1876.

A ces décisions on peut en opposer bien d'autres où le Conseil d'État a admis le recours pour excès de pouvoirs, quoique la légalité de l'acte attaqué pût être appréciée par une autre juridiction (arrêts des 7 juin 1865, 20 décembre 1872, 5 décembre 1873, 3 décembre 1875).

C'est en ce dernier sens que s'est prononcé le Conseil d'État dans l'arrêt précité du 8 juin 1883. « Considérant, y est-il dit, que la faculté, qui appartenait au sieur Delahaye, de poursuivre devant la juridiction compétente l'annulation des opérations électorales, ne faisait pas obstacle à ce qu'il attaquât directement la décision dont il s'agit comme portant atteinte à ses droits d'électeur, et en demandât l'annulation par la voie de recours pour excès de pouvoirs. »

Il y a là une contradiction évidente. Quelle est la doctrine qui



devrait prévaloir ? C'est à notre avis, celle de l'arrêt du 8 juin 1883. L'art. 9 de la loi du 24 mai 1872, relatif à l'excès de pouvoirs, est, en effet, conçu de la manière la plus large; il n'autorise aucune distinction entre le cas où il existe une autre voie de recours soit devant la juridiction administrative, soit devant l'autorité judiciaire, et celui où le pourvoi devant le Conseil d'Etat est seul admissible. D'autre part, la coexistence de deux voies de recours parallèles dont le choix est laissé aux particuliers n'offre rien de contraire aux principes généraux du droit. Enfin, il est de l'intérêt général que le recours direct au Conseil d'Etat soit ouvert aux particuliers pour faire réformer le plus promptement possible et avant toute exécution, l'acte entâché d'excès de pouvoirs.

Nous faisons donc des vœux pour que la jurisprudence indécise du Conseil d'Etat se fixe définitivement dans le sens de l'arrêt du 8 juin 1883.

## PENSIONS CIVILES.

Les enfants mineurs d'une femme fonctionnaire, décédée titulaire d'une pension de retraite ont-ils droit à un secours annuel ?

Le Conseil d'Etat devant lequel la question se présentait pour la première fois, l'a résolue affirmativement par un arrêt du 3 mars 1882 (Rec. des arr. du Cons. 1882, 224). Voici sommairement les faits. La dame Rigaud titulaire d'une pension de retraite, en qualité de receveuse des postes est décédée, en 1880, laissant trois enfants mineurs. Leur père, tuteur légal, agissant en leur nom, a formé une demande en concession d'un secours annuel à titre de réversion de la pension de retraite de la mère. Le ministre des postes et télégraphes, adoptant un avis de la section des finances du Conseil d'Etat en date du 4 janvier 1881, a repoussé, le 21 février 1881, la demande dont il avait été saisi au nom des mineurs Rigaud. Le Conseil d'Etat a annulé la décision ministérielle : « Considérant, porte l'arrêt, qu'aucune disposition de l'art. 16 de la loi du 9 juin 1853 ne fait obstacle à ce que les enfants mineurs de la dame Rigaud décédée titulaire d'une pension de retraite comme receveuse des postes obtiennent un secours annuel en vertu du dit article; qu'ainsi c'est à tort que, par la décision attaquée, le Ministre des postes et

télégraphes a refusé la concession du secours demandé au nom des mineurs Rigaud, annule... »

Examinons la valeur de ce considérant. Rappelons, tout d'abord, les termes de l'art. 16 : « L'orphelin ou les orphelins mineurs d'un fonctionnaire ou employé ayant obtenu sa pension ou ayant accompli la durée de services exigés par l'art. 5 de la présente loi, ou ayant perdu la vie dans un des cas prévus par les §§ 1 et 2 de l'art. 14, ont droit à un secours annuel lorsque la mère est ou décédée, ou inhabile à recueillir la pension, ou déchue de ses droits. Ce secours est, quel que soit le nombre des enfants, égal à la pension que la mère aurait obtenue ou pu obtenir conformément aux art. 13, 14, 15. » De ce texte, il résulte, d'une façon très nette que, ont seuls droit à la pension les enfants mineurs d'un fonctionnaire homme. La loi de 1853 est donc étrangère à la situation qui nous occupe.

Mais, peut-on, par analogie, étendre la disposition de l'art. 16 à l'espèce actuelle ? Le Conseil d'Etat l'a ainsi décidé ; et, à l'appui de cette solution, voici les raisons qu'a fait valoir le commissaire du Gouvernement :

1° La loi de 1853 rendue à une époque où les fonctionnaires femmes étaient rares, n'a visé que le cas le plus général, celui où les fonctions publiques sont remplies par des hommes ; mais il ne s'ensuit pas qu'elle ait entendu établir une distinction entre l'hypothèse où la pension a été obtenue par le père et celle où elle provient de la mère, et refuser la réversibilité au profit des enfants mineurs dans le second cas. alors qu'elle l'autorisait dans le premier. Une pareille distinction serait tout à fait contraire à l'équité, car il n'y a pas de motifs pour placer les enfants d'un fonctionnaire femme dans un état d'infériorité vis-à-vis des enfants d'un fonctionnaire homme. Elle aurait, en outre, pour conséquence, l'éloignement des femmes des fonctions publiques, résultat profondément regrettable dans un pays dont l'administration recrute avec peine le personnel féminin qui lui est nécessaire pour le service des postes et pour celui de l'instruction publique.

2° Personne ne conteste que certaines dispositions de la loi de 1853 ne s'appliquent aux fonctionnaires femmes, bien que cette

loi ait envisagé uniquement les fonctionnaires hommes. C'est, notamment, par extension de l'art. 3 que les femmes employées au service de l'État subissent une retenue de 5,0/0 sur leur traitement et que, en compensation, elles ont droit à une pension de retraite liquidée conformément aux art. 5, 6 et 7. Pourquoi, dès lors, leur refuser l'application de l'art. 16 qui se lie de la façon la plus intime aux dispositions précédentes?

Nous reconnaissons toute la gravité de ces considérations. Sans doute, au point de vue de la logique et de l'équité, la solution du Conseil d'Etat ne peut qu'être approuvée. Mais est-elle juridique, est-elle en harmonie avec la loi de 1853? Nous n'hésitons pas à répondre négativement. Cette loi doit, en effet, être interprétée dans un sens restrictif, ce qui revient à dire qu'il est impossible de faire profiter de la réversibilité de la pension des personnes auxquelles une pareille faveur n'a pas été formellement conférée. Que le législateur ait eu tort de ne pas régler la situation des enfants des fonctionnaires femmes, qu'il y ait là une lacune fâcheuse, ce n'est pas douteux; mais, il n'appartient pas au juge de faire œuvre législative en réparant une omission, quelque inique qu'elle soit.

D'ailleurs, même en admettant la thèse du Conseil d'Etat, l'arrêt précité nous paraît critiquable sous un autre rapport. Le Conseil part de cette idée qu'on doit placer sur la même ligne les orphelins de la femme fonctionnaire et ceux de l'homme fonctionnaire, et, en fait, il arrive à établir une préférence au profit des premiers. En effet, dans quel cas les enfants laissés par un fonctionnaire homme ont-ils droit à un secours annuel? Uniquement à défaut de la mère, soit parce qu'elle est décédée, soit parce que la séparation de corps a été prononcée contre elle à la demande du mari, soit parce que le mariage a été contracté moins de six ans avant la cessation des fonctions du mari. Ce serait donc seulement, à défaut du père, que les enfants laissés par la femme fonctionnaire pourraient réclamer un secours annuel. Or, dans l'espèce, le sieur Rigaud ne faisait pas défaut; il n'était pas décédé, il n'y avait pas eu de séparation de corps prononcée contre lui et le mariage avait été contracté plus de six ans avant la cessation des fonctions de sa femme. Donc, si quelqu'un avait droit

à une pension, c'était le sieur Rigaud, en son nom propre, en sa qualité de veuf, et non les enfants mineurs.

Le Conseil d'État n'a pas osé aller jusque-là et proclamer le droit des veufs à une pension. Et cependant, telle était la conséquence forcée de son système. Du moment qu'il appliquait, par analogie, l'art. 16 à l'hypothèse d'une femme fonctionnaire, il devait admettre l'assimilation des veufs aux veuves. Il a reculé devant les résultats exorbitants auxquels la logique l'eût conduit. N'est-ce pas la réfutation même de la théorie consacrée par l'arrêt du 3 mars 1882 ?

#### SONNERIE DES CLOCHES.

La sonnerie des cloches a provoqué de nombreux conflits entre l'autorité civile et l'autorité ecclésiastique.

Les cloches des églises paroissiales appartiennent soit à la commune, soit à la fabrique ; mais, dans l'un et l'autre cas, elles servent aux mêmes usages. Principalement destinées à appeler les fidèles au service divin et aux diverses cérémonies religieuses, elles peuvent aussi être employées par l'autorité locale dans un but d'utilité publique et communale. Cette double destination devait inévitablement faire naître des conflits entre les maires et les curés. D'où nécessité de déterminer les droits respectifs de chacune de ces autorités. Aux termes de l'art. 48 de la loi du 18 germinal an X, « L'évêque se concertera avec le préfet pour régler la manière d'appeler les fidèles au service divin par le son des cloches. On ne pourra les sonner pour toute autre cause sans la permission de l'autorité locale. »

Que faut-il entendre par *service divin* ? Nous estimons, avec la majorité des auteurs, que cette expression comprend, non seulement le service divin proprement dit, c'est-à-dire les offices, mais encore tous les services religieux tels que baptêmes, mariages, enterrements, etc..... L'art. 48 dispose donc : 1<sup>o</sup> que pour toutes les cérémonies religieuses la sonnerie des cloches fera l'objet d'un règlement arrêté de concert entre l'évêque et le préfet ; 2<sup>o</sup> que pour les cérémonies civiles le curé ne pourra ordonner de sonneries sans la permission du maire.

En fait, dans de nombreux diocèses, le règlement prescrit par

l'art. 48 n'existe pas. Y a-t-il là une lacune qu'on doive s'empresser de combler ? Nous ne le pensons pas. Le législateur a, en effet, simplement visé le cas où une difficulté viendrait à surgir entre l'autorité civile et l'autorité ecclésiastique, et il a décidé que cette difficulté serait tranchée par l'évêque et le préfet. Mais, en l'absence de tout conflit, il est parfaitement inutile d'édicter un règlement dont le besoin ne se fait pas sentir et dont l'effet serait le plus souvent de donner naissance à des collisions toujours regrettables.

Envisageant uniquement l'hypothèse d'un conflit, nous supposons donc l'existence d'un règlement approuvé par l'évêque et le préfet, et nous nous demanderons, tout d'abord, ce qu'il doit contenir.

D'après le texte précité, il doit fixer les sonneries pour toutes les cérémonies religieuses. Mais peut-il aussi régler les sonneries relatives aux cérémonies civiles ? En faveur de la négative, on pourrait raisonner ainsi : L'art. 48 établit une distinction entre les sonneries pour les cérémonies religieuses et les sonneries pour les cérémonies civiles. En quoi consiste cette distinction, si ce n'est en ce que les premières seules, à l'exclusion des secondes, peuvent faire l'objet d'un règlement ? D'ailleurs, la fin de l'art. 48 confirme pleinement cette manière de voir. En effet, il y a incontestablement des cas où le maire doit être appelé à donner son autorisation. Or, si toutes les sonneries étaient prévues par le règlement, le maire ne serait jamais consulté, le curé n'ayant pas besoin d'autorisation ; dès lors, la seconde partie de l'article ne recevrait aucune application dans la pratique. Il doit donc y avoir des sonneries non prévues par le règlement, et ces sonneries sont celles relatives aux cérémonies civiles.

Cette argumentation ne saurait nous convaincre. De ce que le législateur a statué *de eo quod plerumque fit*, il ne résulte point qu'il ait entendu exclure du règlement les sonneries relatives aux cérémonies civiles. Quant au second argument, il n'est nullement concluant ; il suppose, en effet, que l'arrêté préfectoral a énuméré toutes les circonstances où des sonneries peuvent être ordonnées par le curé. Hypothèse irréalisable !

L'art. 48 doit être écarté du débat, et c'est aux principes généraux

qu'il faut faire appel pour avoir la solution de la question. D'après ces principes, un préfet a le droit de prendre des règlements de police, pourvu que ces règlements aient pour objet des mesures de sûreté générale et de sécurité publique et qu'ils soient également applicables à toutes les communes du département. Or, dans l'espèce, ces deux conditions sont évidemment remplies.

Voici donc la véritable portée de l'art. 48 :

Dans le cas de conflit entre l'autorité civile et l'autorité ecclésiastique, un arrêté concerté entre l'évêque et le préfet règlera les sonneries pour toutes les cérémonies religieuses. En ce qui concerne les sonneries relatives aux cérémonies civiles, elles pourront aussi être réglementées par l'arrêté; mais, dans les cas non prévus, le curé devra obtenir la permission du maire.

Cette interprétation admise, examinons les trois questions suivantes : 1° Le maire peut-il déroger au règlement ? 2° Est-il absolument libre, dans les cas non prévus par le règlement, de donner ou de refuser son autorisation ? 3° A-t-il le droit d'ordonner des sonneries ?

1° Le maire peut-il déroger au règlement approuvé par l'évêque et le préfet ? — Il est de principe, en droit administratif, que, lorsqu'il existe un règlement de l'autorité supérieure compétente, le maire n'a le droit de prescrire aucune mesure contraire à ce règlement; il doit se borner à en assurer l'exécution. Mais à cette règle il faut apporter des exceptions. Dans les cas d'urgence, le maire peut, sous sa responsabilité et en vertu de la loi des 18-22 juillet 1837, prendre des arrêtés provisoires à l'effet d'ordonner toutes les mesures nécessaires soit pour maintenir l'ordre et la tranquillité, soit pour prévenir les accidents et y porter remède. Comme tous les arrêtés provisoires, ceux-ci seront immédiatement exécutoires, sauf le droit d'annulation et de suspension réservé au préfet.

Faisant l'application de ces principes à notre hypothèse, nous admettrons, que, dans les cas d'urgence seuls, le maire pourra interdire provisoirement les sonneries autorisées par le règlement. Quand y aura-t-il urgence ? C'est là une pure question de fait dont l'appréciation est laissée à l'autorité locale. Nous citerons, à titre d'exemples, le cas d'épidémie, parce que l'on peut craindre

l'effet produit par les sonneries funèbres sur l'esprit des populations et particulièrement des malades, le cas où la mise en mouvement des cloches est compromettante pour la sécurité publique, à cause du mauvais état du clocher, le cas où la sonnerie des cloches serait de nature à faire naître ou à augmenter les dissensions religieuses entre habitants de la même commune, etc.... Il est à remarquer que l'arrêté pris par le maire sera toujours susceptible de recours, d'abord devant le préfet, ensuite devant le ministre compétent.

2<sup>o</sup> Dans les cas non prévus par le règlement, le maire est-il absolument libre de refuser ou d'accorder l'autorisation ? — Le maire à qui incombe le devoir de maintenir le bon ordre et de veiller au repos et à la sécurité des habitants est souverain appréciateur des circonstances dans lesquelles la sonnerie des cloches pourrait être une occasion de trouble ou d'alarme, sauf recours devant l'autorité supérieure et en suivant l'ordre hiérarchique.

3<sup>o</sup> Le maire a-t-il le droit d'autoriser des sonneries ? — L'affirmative est incontestable. Mais d'où dérive ce droit ? D'après quelques auteurs et de nombreux arrêts, ce serait de l'art. 48 de la loi de germinal an X, dont les termes généraux permettraient au maire de disposer, dans tous les cas, des cloches pour les services civils. Cet article ne nous paraît pas pouvoir être invoqué, car il règle uniquement les sonneries ordonnées par le curé. Mais à défaut d'un texte général, il existe des décrets et règlements spéciaux qui autorisent le mari à ordonner des sonneries dans des cas exceptionnels et dans les circonstances extraordinaires. C'est ainsi que le décret du 24 messidor an XII prescrit au maire de faire sonner toutes les cloches pour annoncer le passage officiel du chef de l'État dans la commune. De même la circulaire ministérielle du 14 juin 1882 enjoint au maire d'exiger des sonneries à l'occasion de la fête nationale du 14 juillet. D'après l'avis du comité de législation du Conseil d'État du 17 juin 1840, le maire pourra également requérir la sonnerie des cloches chaque fois qu'il y aura nécessité de réunir les habitants pour prévenir ou arrêter quelque accident de nature à exiger leur concours, comme dans les cas d'incendie, d'émeute, d'inondation, etc.

Remarquons que dans les diverses circonstances où le maire a le droit d'ordonner des sonneries, le curé doit immédiatement obtempérer aux réquisitions du maire ; en cas de refus, celui-ci pourrait pénétrer de vive force dans le clocher et faire procéder à la sonnerie des cloches de son autorité privée <sup>1</sup>.

Examinons maintenant les solutions de la jurisprudence.

Sur la première question, nous trouvons deux arrêts rendus dans la même affaire, l'un, par le Conseil d'État, l'autre par la Cour de cassation. Voici les faits. A la suite de plusieurs délibérations du conseil municipal de la commune de Samöens, intervint, le 9 février 1877, entre l'évêque d'Annecy et le préfet de la Haute-Savoie, un arrêté portant que la grande cloche de Samöens ne devait plus servir dans les baptêmes ni dans les sépultures, et qu'elle serait réservée pour les grandes circonstances, telles que les fêtes locales, les réceptions des autorités supérieures, les incendies et tous autres sinistres. Des difficultés étant survenues entre le maire et le curé, à l'occasion de la fête nationale du 14 juillet 1881, le maire prit, le 18 juillet, un arrêté par lequel « il est interdit de sonner la grande cloche de Samöens sans la permission du maire, sauf pour le tocsin en cas d'incendie ou autres sinistres, ainsi que les angelus, le tout suivant la manière accoutumée. »

Ne tenant aucun compte de cet arrêté, le curé de Samöens fit, le 7 septembre, procéder à une sonnerie de la grande cloche pour annoncer une fête religieuse. Procès-verbal fut dressé contre le sieur Dunoyer marguillier, qui avait procédé à la dite sonnerie, et le tribunal de police de Samöens, rendit, le 21 septembre, un jugement condamnant Dunoyer à quatre francs d'amende. Celui-ci s'est pourvu en cassation contre ce jugement, et, en même temps, le curé de Samöens et l'évêque d'Annecy demandaient au Conseil d'État l'annulation pour excès de pouvoirs de l'arrêté pris par le maire.

Le Conseil d'État, par un arrêt en date du 8 août 1882 (Rec.

<sup>1</sup> La Chambre des députés, examinant en deuxième délibération les propositions de loi sur l'organisation municipale vient de décider, dans sa séance du 23 octobre 1883 (*J. Off.*, 2136 et suiv.), qu'il y aurait deux clefs du clocher, l'une entre les mains du curé, l'autre déposée à la mairie.



des arr. du Cons., 1882, 788), a rejeté les prétentions des réclamants. Il s'est appuyé sur ce fait, que, le maire, en interdisant par l'art. 1<sup>er</sup> de sonner la grande cloche sans la permission de l'autorité municipale n'a pas dérogé au règlement intervenu entre l'évêque et le préfet, et n'a fait que prescrire les mesures nécessaires pour assurer, en ce qui le concernait, l'exécution de ce règlement.

La Cour de cassation a vu, au contraire, dans l'arrêté du maire une dérogation au règlement du 9 février 1877, dérogation qui n'était justifiée par aucun motif. Aussi a-t-elle admis que, à raison de son caractère d'illégalité, cet arrêté ne pouvait servir de base à une condamnation pénale et a-t-elle cassé le jugement du tribunal de simple police (Cass. 17 nov. 1882, Sir. 1883, 1, 94).

Que conclure de cette divergence de solutions? Est-on en droit de soutenir que la jurisprudence administrative est en opposition avec la jurisprudence judiciaire? Nous ne le pensons pas. Les faits seuls ont été appréciés différemment par la Cour de cassation et par le Conseil d'Etat; mais les principes qui ont servi de base à ces deux décisions sont les mêmes. Si le Conseil d'Etat jugeant plus exactement, d'après nous, avait vu dans l'arrêté du maire une dérogation au règlement intervenu entre l'évêque et le préfet d'Annecy, il aurait certainement conclu à l'illégalité de cet arrêté.

Quoi qu'il en soit, cette contradiction est regrettable, surtout dans l'hypothèse où les tribunaux judiciaires prononcent une condamnation pour infraction à un règlement administratif qui est, plus tard, annulé par le Conseil d'Etat. Mais elle est inévitable; on ne saurait, en effet, dénier à l'autorité judiciaire le droit d'apprécier la légalité d'un règlement dont le ministère public poursuit la violation aux termes de l'article 471 du Code pénal.

La seconde question a été résolue par un arrêt rendu, le 9 mars 1883 (Rec. des arr. du Cons., 1883, 244), dans les circonstances suivantes: La fabrique de l'église paroissiale de Lalandusse a fait, en 1874, l'acquisition d'une cloche payée avec les fonds provenant d'une souscription publique. Une des clauses de cette souscription portait que la cloche ne sonnerait que pour

les pauvres, les souscripteurs et leurs familles. Mais, en 1875, la fabrique décida que les non souscripteurs auraient le droit de réclamer la sonnerie de la dite cloche moyennant le paiement d'une somme de 25 francs par personne et par cérémonie. Le préfet du Lot-et-Garonne, s'appuyant notamment sur l'agitation fâcheuse qu'avait soulevée dans la commune l'inégalité introduite par cette décision de la fabrique entre les diverses catégories de fideles, prit un arrêté interdisant la sonnerie pour toute cérémonie particulière. Le Conseil d'État, à qui l'arrêté avait été déféré, s'est prononcé pour sa validité.

Nous ne pouvons admettre cette solution. Le préfet était absolument incompétent pour rendre un pareil arrêté. Remarquons, en effet, que l'arrêté ne s'appliquait qu'à une commune déterminée ; il était donc dépourvu du caractère de généralité que doit avoir tout arrêté préfectoral. C'était au maire, et non au préfet, qu'il appartenait de rendre un arrêté d'interdiction. Dans l'espèce, il eût été parfaitement régulier, car la sonnerie n'ayant fait l'objet d'aucun règlement, la mesure prise par l'autorité municipale aurait été suffisamment justifiée par la nécessité de maintenir le bon ordre dans la commune.

Enfin notre troisième question a été résolue dans le sens indiqué plus haut par le tribunal correctionnel de Pontoise. Dans un jugement du 23 août 1882 (*Revue gén. d'adm.*, 1882, t. III, p. 328), ce tribunal a décidé qu'il est loisible au maire, exerçant la police locale, de disposer des cloches pour les services civils et par conséquent pour la célébration de la fête nationale.

E. WALLON.

## REMARQUES SUR LA THÉORIE DES DOMAINES

Par M. H. BARCKHAUSEN, professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux.

Parmi les théories du droit administratif français, il n'en est guère de moins précise et de moins satisfaisante que celle du domaine public et du domaine privé de l'Etat; des départements et des communes. Les auteurs et les tribunaux ne s'entendent même pas sur les biens qu'il faut attribuer à l'un ou à l'autre de ces deux domaines. Cette diversité, cette contrariété d'opinions

tient surtout (si je ne me trompe) à ce que l'on prête aux législateurs de la Révolution, spécialement à ceux de la Constituante, des dessins qu'ils n'ont jamais eus. Généralement, en effet, on croit que l'Assemblée nationale de 1789 a voulu établir des règles toutes nouvelles pour les choses affectées à un usage ou à un service public; et qu'elle a radicalement abrogé l'ancien principe de l'inaliénabilité du Domaine de la Couronne pour les biens autres que les dépendances du domaine public ou de la liste civile et les grandes masses de bois et de forêts. Je me propose d'examiner ici dans quelle mesure cette double opinion est conforme aux textes et aux documents législatifs de l'époque:

Commençons par rappeler sommairement les règles admises en France avant la Révolution:

Pour le domaine de la Couronne, on regardait comme lois fondamentales du royaume les édits de Moulins qui le régissaient. Depuis le mois de février 1566, les immeubles de l'État, autres que les terres, prés et marais vagues, ne pouvaient plus sortir du Domaine. Il n'y avait que deux cas dans lesquels le Prince eût le droit de les concéder: « L'un; pour apatiage des puinez mâles de la maison de France;... l'autre,... pour la nécessité de la guerre »; et, dans ces deux cas, la concession n'était jamais définitive, car elle était soumise à des conditions de retour ou de rachat perpétuel.

Moins arrêtés et moins nets étaient les principes sur les biens affectés à un usage ou à un service public. Cependant, à peu de chose près, on suivait les règles du droit romain. Aussi Domat cite-t-il les *Institutes* et les *Pandectes* dans les paragraphes où il expose la doctrine qu'il professait:

Dans le traité sur les *Lois civiles*, il déclare sommairement (liv. I, tit. III, sect. 1):

1<sup>o</sup> Que les fleuves et rivières, les rivages et les grandes routes, ne peuvent appartenir à des particuliers, et sont hors du commerce;

2<sup>o</sup> Qu'il en est de même des choses qui sont à l'usage commun des habitants d'une ville ou d'un autre lieu; telles que les murs et fossés, les maisons de ville et les places.

Dans le traité sur le *Droit public*, il développe la même théorie,

en disant, par exemple, au § 1 de la section 1<sup>re</sup> du titre VIII du livre 1<sup>er</sup> :

« Il y a deux sortes de choses destinées aux usages communs dans la société des hommes, et dont chacun peut user librement. La première, de celles qui sont telles par la nature ; ainsi les rivières, les fleuves, les mers, les rivages sont à l'usage commun de tous. La seconde, de celles qui sont telles qu'encore que l'usage en soit naturellement nécessaire dans la société, soit pour le spirituel, comme les églises et les cimetières, ou pour le temporel, comme les rues, les grands chemins, les places publiques, les palais où se rend la Justice, les collèges, les maisons de villes et autres lieux publics ; l'usage n'en est pas donné aux hommes par la nature, mais c'est la Police qui choisit et destine les lieux qui doivent servir au public pour tous ces différents usages. »

Plus bas, au § 9 de la même section, Domat ajoute les halles à la liste des lieux publics énumérés dans le passage qui précède.

Mais, ce qu'il importe bien davantage de noter, c'est que, dans un titre antérieur du même ouvrage (tit. VI, sect. 1<sup>re</sup>, § 7), il décide que les choses destinées à l'usage du public ne « comptent pas au nombre des biens », et que le Souverain a sur elles des droits « d'une autre nature que les droits que donne la propriété. »

Sur ce point, en effet, les juriconsultes n'étaient pas d'accord au XVII<sup>e</sup> siècle, et au XVIII<sup>e</sup>, non plus qu'ils ne le sont, d'ailleurs, de nos jours. Quelques-uns tenaient pour certain que le Roi avait un vrai droit de propriété, au moins sur quelques-unes des choses que Domat refuse de compter « au nombre des biens ». Ils avaient même d'excellents arguments à faire valoir à l'appui de leur système : des textes formels d'ordonnances et d'édits<sup>1</sup>.

Tel était l'état du droit en 1789.

Cherchons, maintenant, ce que voulurent faire et ce que firent les membres de la Constituante dans leurs lois sur les domaines nationaux, et surtout dans la loi fondamentale des 22 novembre - 1<sup>er</sup> décembre 1790,

<sup>1</sup> Ordonnance d'août 1669, tit. XXVII, art. 41, etc.

Mais, pour s'en rendre bien compte, il est essentiel de fixer, au préalable, la signification de deux mots dont ils se sont servis. Ces mots sont ceux de *domaine public*. Attachaient-ils à cette expression le sens tout particulier que la doctrine lui donne de nos jours? Nullement! Il suffit de lire le rapport sur la loi du 22 novembre, les considérants qui la précèdent, et les articles qui la composent, pour affirmer que les expressions de *domaine public* et de *domaine national* étaient absolument synonymes pour eux.

Parmi les passages qui l'établissent péremptoirement, je me bornerai à citer les deux qui suivent: — 1° « Considérant... que le *domaine public*, dans son intégrité et avec ses divers accroissements, appartient à la Nation; que cette propriété est la plus parfaite qu'on puisse concevoir, puisqu'il n'existe aucune autorité supérieure qui puisse la modifier ou la restreindre; que la faculté d'aliéner, attribut essentiel du droit de propriété, réside également dans la Nation; et que si, dans des circonstances particulières, elle a voulu en suspendre pour un temps l'exercice, comme cette loi suspensive n'a pu avoir que la volonté générale pour base, elle est de plein droit abolie, dès que la Nation, légalement représentée, manifeste une volonté contraire. » — 2° « Art. 7. Les acquisitions faites par le Roi à titre singulier, et non en vertu des droits de la Couronne, sont et demeurent pendant son règne à sa libre disposition; et, ledit temps passé, elles se réunissent de plein droit et à l'instant même au *domaine public*. »

Personne n'imaginera, sans doute, qu'il s'agisse, dans ces passages, de biens affectés à un usage ou à un service public, inaliénables et imprescriptibles à raison de leur nature ou de leur destination.

L'emploi des mots de *domaine public* dans le sens de *domaine national* se constate, du reste, dans plus d'une loi postérieure à 1790.

C'est ainsi que, dans la loi des 10-11 juin 1793, sur les partages de biens communaux, l'art. 5 (dont je reparlerai plus bas) range les places, promenades et voies publiques à l'usage des communes parmi les biens communaux qu'elle excepte du partage, et oppose aux biens communaux, en général, les fossés et

les remparts des villes et les autres dépendances du *domaine public*.

Quant au Code civil, qui ne connaît l'art. 539 (modifié en 1807) et l'art. 541 ? L'expression de *domaine public* y est évidemment prise comme synonyme de domaine de l'État ou de la Nation.

Désire-t-on des exemples plus modernes du même langage ? L'art. 3 de la loi du 7 juillet 1833, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, porte : « Tous grands travaux publics... entrepris par l'État ou par compagnies particulières... avec ou sans aliénation du domaine public, ne pourront être exécutés qu'en vertu d'une loi... » Et cette étrange formule « d'aliénation du domaine public » (inaliénable !) a été fidèlement reproduite dans les articles des lois du 3 mai 1841 et du 27 juillet 1870, substitués, l'un après l'autre, à la disposition que je viens de rappeler.

Ne doit-on pas induire des textes précédents que non-seulement en 1790, mais aussi de nos jours, les législateurs français n'ont pas attribué à l'expression de domaine public le sens spécial, précis et rigoureux, que les juristes modernes lui donnent. Peut-être même ne serait-il pas facile de citer une seule loi qui consacre l'acception généralement admise par les auteurs et par les tribunaux contemporains. En tous cas, les membres de la Constituante l'ignoraient certainement, ainsi que cela ressort avec évidence de tout ce qu'ils ont pu dire et écrire.

Ce point une fois établi, passons à l'examen des règles introduites, en matière domaniale, pendant les deux ou trois premières années de la Révolution.

Et d'abord, pour les biens affectés à un usage ou à un service public, les législateurs de 1790 ont-ils prétendu substituer des principes nouveaux aux principes anciens, résumés ci-dessus ?

Le rapport sur la loi des 22 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790 dit formellement le contraire. A propos de l'art. 2 (dont l'art. 538 du Code civil n'est qu'une reproduction corrigée), Enjubault, auteur du rapport, déclare en propres termes que cet article « n'est pas introductif d'un droit nouveau ». Pourquoi donc s'occupe-t-il des objets énumérés dans cette disposition, et plus bas, des murs et fortifications de villes, autres dépendances du domaine public, tel que nous l'entendons de nos jours ? Uniquement pour trancher

des questions, théoriques ou pratiques, sur lesquelles on discutait alors entre jurisconsultes ou devant les tribunaux. Ces questions étaient de savoir : si les grands chemins, les fleuves, les rivages de la mer, etc., sont susceptibles d'une véritable propriété ; et si les anciens remparts des villes devaient appartenir aux villes ou à l'État.

Enjubault ne voit qu'une « dispute de mots », dans les arguments des auteurs qui refusent de compter au nombre des biens, les grands chemins, les fleuves, les rivages de la mer, etc.<sup>1</sup>. Il proclame que la Nation a « la propriété directe de toutes les portions » du « territoire qui par leur nature ou leur destination ne peuvent appartenir à personne en particulier », et que « l'effet naturel de la propriété publique sur tous ces objets est d'attirer et de confondre en elle-même la propriété privée ». A ses yeux, ces choses sont domaniales ; elles « appartiennent à la Nation ».

L'art. 2 de la loi n'a été rédigé que pour mettre cette vérité au-dessus de toute controverse. Après avoir défini, dans une première disposition, « le domaine national proprement dit », dont le caractère n'était contesté par personne, la Constituante y rattacha les chemins publics, les fleuves, les rivages de la mer, etc., sur la nature desquels s'étaient élevés des doutes. C'est là ce que signifie la formule, qui n'a pas laissé d'étonner certains jurisconsultes : «... toutes les portions du territoire national qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée *sont considérées comme* des dépendances du domaine public ». Il eût été plus simple et plus clair de mettre « *sont* » tout court, au lieu de « *sont considérés comme* ». Mais l'emploi de cette formule malencontreuse s'explique par un remaniement du texte. Primitivement, l'article était ainsi rédigé : « Les chemins publics, les fleuves et rivières navigables, les isles et islots qui s'y forment,

<sup>1</sup> Le passage vaut la peine d'être cité : « A la vérité Loyseau et quelques autres jurisconsultes ont prétendu que les grands chemins, les fleuves, les lieux inaccessibles n'étaient pas susceptibles d'une véritable propriété ; mais l'objection dégénère évidemment dans une dispute de mots, puisque ceux-ci conviennent avec les autres que les fruits que ces choses produisent appartiennent à la Nation, et qu'elle exerce incontestablement sur elles les droits de souveraineté qui dérivent de la suprématie territoriale. »

les rivages de la mer, les ports, les hâvres, les rades, etc., et en général toutes les portions du territoire national dont la propriété n'est à personne et dont l'usage est commun à tous, sont considérées comme des dépendances du domaine public. » Tous les termes concordaient alors parfaitement entre eux. En revanche, la rédaction répondait mal à la pensée de ses auteurs, qui voulaient affirmer le droit de propriété de la nation <sup>1</sup>, et qui avaient l'air de le nier en disant « dont la propriété n'est à personne ». Ils substituèrent donc aux mots : « dont la propriété n'est à personne, et dont l'usage est commun à tous », ceux qu'a reproduits l'art. 538 du Code civil : « qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée ». Du même coup, ils eussent dû rendre la fin de la phrase plus nette; mais ils la laissèrent telle quelle. Leur théorie n'en est pas moins bien certaine.

Et qu'on n'objecte pas à cette interprétation que l'art. 2 porte *public*, tandis que l'art. 1<sup>er</sup> porte *national*! Ces mots, une fois encore, étaient absolument synonymes pour les législateurs de l'époque. Aux preuves que j'en ai déjà données, j'ajoute celle qui ressort de l'art. 5, où, à l'inverse de ce que nous avons vu dans l'art. 7 et dans le préambule de la loi, nous trouvons le mot *national* là où nous mettrions *public*.

L'art. 5 est celui par lequel la Constituante a tranché les questions litigieuses débattues au sujet des anciens murs, fossés et remparts. Dans un sentiment d'équité, elle crut devoir renoncer à la rigueur du droit. Elle maintint en jouissance des anciennes fortifications les villes et communautés qui y étaient alors, pourvu qu'elles fussent « fondées en titres », ou qu'elles possédassent depuis « plus de dix ans ». Bien entendu, cette règle ne s'appliquait qu'aux ouvrages déclassés. L'article débute en ces termes : « Les murs et fortifications des villes entretenues par l'Etat et utiles à sa défense, font partie des domaines nationaux » ; c'est-à-dire : appartiennent à la Nation.

On le voit : la loi des 22 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790 ne s'occupe des choses affectées, ou ayant été affectées jadis, à un

<sup>1</sup> Voyez, à la suite du projet primitif, la note *b*, dans le tome XVIII des *Procès-verbaux de l'Assemblée nationale* (imprimés chez Beaudoûin).



usage ou à un service public, que pour en déterminer le propriétaire<sup>1</sup>.

Je crois devoir faire ici un rapprochement bien instructif.

Dans quel chapitre, les auteurs du Code civil ont-ils inséré les dispositions qu'ils ont empruntées à la loi de 1790 ? C'est au chapitre : *Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent*.

Pourquoi l'art. 538 du Code diffère-t-il légèrement de l'art. 2 de la loi ? C'est que l'art. 2 comprenait dans le domaine public des voies qui sont « la propriété des communes ». Regnaud (de Saint-Jean-d'Angély) et Treilhard demandèrent que l'on corrigeât une énumération qu'ils trouvaient inexacte, vu qu'ils entendaient par domaine *public* le domaine *national*.

Ainsi, comme les législateurs de 1790, ceux de l'an XII n'ont réglé, dans le chapitre 3 du titre I<sup>er</sup> du livre II du Code civil, que des questions de propriété<sup>2</sup>. Ils n'ont pas touché aux autres parties du régime auquel les biens affectés à un usage ou à un service public pouvaient être soumis. L'ancien droit, tel que nous l'avons exposé, reste en vigueur à l'égard de ces biens.

La Constituante ne crut pas devoir ménager dans la même mesure les principes des édits de 1566 sur le Domaine de la Couronne proprement dit. L'inaliénabilité de ce domaine avait été, au XVIII<sup>e</sup> siècle, l'objet de vives critiques au point de vue économique et même politique. Toutefois, nos législateurs n'allèrent pas jusqu'à l'abroger radicalement, comme trop d'auteurs semblent l'admettre.

Quels sont, en effet, les termes de l'art. 8 de la loi des 22 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790 ? « Les domaines nationaux et les droits qui en dépendent *sont et demeurent inaliénables* sans le consentement et le concours de la Nation ; mais ils peuvent être

<sup>1</sup> Les jurisconsultes de l'époque ne s'y trompèrent point : dans un *abrégé méthodique du Droit romain conféré avec le Droit français*, publié en l'an IX, à Agen par N.-D. Lisleferme, on lit à la page 22 du tome I<sup>er</sup> : « Le décret du 22 novembre 1790, *sur la nature du domaine national*, met au nombre de ses dépendances les chemins publics, les rues et places des villes, les fleuves et rivières navigables, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, etc. »

<sup>2</sup> Voyez le § 2 de l'art. 337, C. civ.

vendus et aliénés à titre perpétuel et incommutable *en vertu d'un décret formel du Corps législatif*, sanctionné par le Roi, en observant les formalités prescrites pour la validité de cette sorte d'aliénation. » De cette disposition, il faut rapprocher les premières lignes de l'art. 36. « La prescription aura lieu à l'avenir », y est-il dit, « pour les domaines nationaux dont l'aliénation est permise par les décrets de l'Assemblée nationale ». On voit donc que l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité restaient la règle, et que la prescriptibilité et l'aliénabilité n'étaient admises que pour les dépendances du Domaine dont une loi aurait autorisé ou autoriserait la concession, la vente ou l'échange.

Mais, cette autorisation, comment la Constituante entendait-elle l'accorder ?

Elle ne songea point, du moins en ce qui regarde les ventes (dont elle détermina soigneusement les formes), à faire soumettre aux représentants de la France tous les projets d'aliénation, un à un. Les lois appliquées en 1790 et 1791 permirent aux municipalités et aux particuliers d'acquérir certaines catégories de biens domaniaux. Seulement, il est à noter que ces catégories furent établies d'après *l'origine* et non d'après *la nature* de ces biens.

L'Assemblée nationale n'arriva point, cependant, à formuler tout d'abord le système qu'elle devait adopter en dernier lieu. Il est même à noter que la rédaction primitive de l'art. 8 de la loi du 22 novembre différait sensiblement de celle que l'on vient de lire. Le projet déposé au commencement de 1790 disait : « Tous les domaines de la Couronne... *peuvent... être vendus et aliénés...* », tandis que la loi déclare que « les biens nationaux... *sont et demeurent inaliénables* ».

Rappelons, au reste, les décrets successifs qui marquent comme les étapes de la pensée de nos législateurs.

Ils commencèrent par voter la loi des 9 mai-21 septembre 1790, dont le premier article paraissait vouloir abroger, purement et simplement, le principe même des édits de Moulins : « Tous les domaines de la Couronne, sans aucune exception, peuvent, dans les besoins de l'Etat, *être vendus et aliénés*, à titre perpétuel et incommutable, en vertu d'un décret spécial des représentants de la

Nation, sanctionné par le Roi. » Mais, quelques semaines après, la loi des 9-25 juillet vint faire exception pour les forêts et pour les immeubles de la liste civile, en même temps qu'elle autorisait l'aliénation de tout le reste des biens. Puis, le 16 octobre, il fut décidé que l'on conserverait les édifices appartenant à la Nation et affectés à des services publics, civils, militaires ou ecclésiastiques. Enfin, douze jours après, la Constituante changea de système : elle reconnut les dangers que présentaient les autorisations trop générales, et prit le soin d'énumérer les biens qu'elle mettait en vente, en les désignant par les patrimoines dont ils faisaient partie en 1789.

Voici les deux premiers articles de la loi des 28 octobre-5 novembre 1790 :

« 1. L'Assemblée nationale *décède qu'elle entend par biens nationaux* : 1<sup>o</sup> tous les biens des domaines de la Couronne ; — 2<sup>o</sup> tous les biens des apanages ; — 3<sup>o</sup> tous les biens du clergé ; — 4<sup>o</sup> tous les biens des séminaires diocésains. — L'Assemblée *ajourne tout ce qui concerne* : 1<sup>o</sup> les biens des fabriques ; — 2<sup>o</sup> les biens des fondations établies dans les églises paroissiales ; — 3<sup>o</sup> les biens des séminaires-collèges, des collèges, des établissemens d'études ou de retraite, et de tous les établissemens destinés à l'enseignement public ; — 4<sup>o</sup> Les biens des hôpitaux, maisons de charité et autres établissemens destinés au soulagement des pauvres, ainsi que ceux de l'ordre de Malte et tous autres ordres religieux militaires.

« 2. L'Assemblée *décède que tous lesdits biens déclarés nationaux* seront vendus dès à présent, et, en attendant, qu'ils seront administrés par les corps administratifs, *sous les exceptions et modifications ci-après.* »

Ces articles sont le meilleur commentaire des art. 8 et 36 de la loi des 22 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790, articles qui peuvent se résumer ainsi : en principe les domaines nationaux ne sont pas aliénables et prescriptibles ; il n'y a que les biens des catégories désignées par le législateur qui le soient.

On comprend dès lors pourquoi, dans les trente ou quarante lois qui, de 1791 à l'an IV, confisquèrent au profit de l'État, les biens de particuliers ou d'établissements plus ou moins publics,

on eut soin d'insérer qu'ils seraient régis et aliénés comme les autres biens nationaux.

Dans la suite, les autorisations de vendre furent conçues autrement : on ne tint plus compte de l'origine des biens, mais de leur nature. La loi du 9 germinal an V, par exemple, permit d'aliéner les bâtiments, en général, sauf quelques exceptions, et celle du 26 vendémiaire an VII, les domaines nationaux bâtis ou non bâtis, à part les édifices affectés à un service public et les grandes masses de bois et forêts. On ne recherchait plus alors d'où pouvaient être venus les biens qu'on mettait en vente.

Les autorisations précédentes furent confirmées par les lois des 15 et 17 floréal an X, en exécution desquelles le Gouvernement fit procéder, pendant plus d'un demi-siècle, à des ventes de domaines nationaux. Ces ventes étaient parfaitement régulières, quoiqu'on les ait critiquées. On a soutenu, en effet, que l'art. 35 d'une loi (*sic*) du 22 avril 1815 avait abrogé les lois de l'an X, en disant : « Aucun domaine ne peut être aliéné ou échangé... qu'en vertu d'une loi ». Mais je ne puis voir dans cette disposition qu'un rappel de l'art. 8 de la loi de 1790, sans cesse violé, sous le premier Empire, non par les ventes aux enchères que le Gouvernement faisait en vertu d'une délégation légale, mais par les décrets arbitraires concédant des biens de l'État. Qu'est, d'ailleurs, la loi du 22 avril 1815 ? L'Acte additionnel ! c'est-à-dire un acte que tous les pouvoirs publics regardèrent comme nul et non avenu après les Cent-Jours. Il n'est donc pas étonnant que l'administration supérieure n'en ait jamais tenu compte.

Ce n'est que sous le second Empire, et par la loi du 1<sup>er</sup> juin 1864, qu'il a été dérogé aux autorisations qui résultaient des lois de l'an X. Elles furent retirées à l'égard des immeubles d'une valeur estimative supérieure à un million. Les biens de cette importance sont donc redevenus inaliénables, et ne peuvent être vendus, échangés ou concédés, en tout ou en partie, qu'en vertu d'une loi expresse. Ils sont régis maintenant par la règle, et non plus par l'exception de l'art. 8 de la loi des 22 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790, loi dont nos législateurs de 1864 ont déclaré formellement maintenir le principe. Le rapport fait au Corps légis-

latif par M. de Voize est aussi net et aussi explicite que possible sur ce point.

On peut conclure des faits que je viens de rappeler, en ce qui concerne l'Assemblée nationale de 1789 :

1° Qu'elle n'entendit nullement soumettre à un régime nouveau l'ensemble des choses effectuées à un usage ou à un service public, ni même lui réserver pour l'avenir la qualification de *domaine public*;

2° Qu'elle tempéra par des exceptions, mais n'abrogea point, le principe, fondamental depuis 1566, de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité des biens de l'Etat.

Tirons quelques conséquences de cette double conclusion !

Et d'abord, il en découle que les objets énumérés par les auteurs du XVII<sup>e</sup> siècle, comme étant hors du commerce à cause de leur affectation publique, le sont encore et l'ont été toujours, tant qu'ils gardent ou ont gardé cette affectation.

Donc, sont très juridiques les arrêts qui ont déclaré inaliénables et imprescriptibles des édifices (autres même que les fortifications) occupés par quelque service administratif. Ces édifices ne figurent pas, sans doute, dans les art. 2 et 5 de la loi de 1790, ni dans les art. 538 et 540 du Code civil. Mais qu'importe ! Ces quatre articles ne règlent que des questions de propriété, et rien de plus. Nos législateurs ont, d'ailleurs, suffisamment indiqué leurs intentions à l'égard des bâtiments « destinés à un usage commun » pour employer la langue de Domat. Dans nombre d'actes, ils ont ordonné au Gouvernement de les conserver, ou les ont exceptés formellement des domaines nationaux qu'ils permettaient de vendre.

J'en déciderai de même pour les simples terrains affectés à quelque usage ou service public, et, en particulier, pour les cimetières. Le doute me semble même étrange en ce qui regarde ces derniers. La loi du 6 mai 1790 décide que les cimetières ne pourront être mis dans le commerce qu'après dix années à compter depuis les inhumations » ; ce qui suppose évidemment qu'ils sont hors du commerce tant qu'ils reçoivent des morts.

Un texte fort important, bien que négligé, confirme les solu-

tions qui précèdent. C'est l'article de la loi du 10 juin 1793, que j'ai mentionné plus haut. En voici la teneur :

« 5. Seront pareillement exceptés du partage, les places, promenades, voies publiques et *édifices à l'usage des communes*, et ne sont point compris au nombre des biens communaux, les fossés et remparts des villes, *les édifices et terrains destinés au service public*, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les hâvres, les rades, et en général toutes les portions du territoire qui, n'étant pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérées comme une dépendance du domaine public. »

On le voit : « les... édifices à l'usage des communes » et « les édifices et terrains destinés au service public » sont ici confondus avec les dépendances les plus incontestées du domaine public, tel que la doctrine l'entend aujourd'hui.

Passons à un autre ordre d'idées : du domaine public en général au domaine privé de l'Etat.

Des art. 8 et 36 de la loi des 22 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790, combinés avec les lois des 15 et 16 floréal an X et avec l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> juin 1864, il résulte que, si le Gouvernement est autorisé à vendre la généralité des biens nationaux, il n'a pas le droit de disposer des immeubles valant plus un million ; immeubles qui, par suite, sont inaliénables et imprescriptibles.

Ils sont imprescriptibles, tout aussi bien qu'inaliénables, quoique le Code civil (art. 2227) ait soumis l'Etat aux mêmes prescriptions que les particuliers. Cette règle du Code est, en effet, subordonnée à celle de l'art. 2226 : « On ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce. » Or, les immeubles de plus d'un million sont hors du commerce, puisqu'ils sont inaliénables ; régis par le principe, et non par l'exception de l'art. 8 de la loi de 1790.

Quant aux grandes masses de bois et de forêts, on sait que la loi de 1864 les a laissées sous l'empire des lois qui leur étaient propres, et que rien n'a été plus débattu que la question de savoir si et quand elles sont devenues prescriptibles.

Je n'examinerai point ici ce qu'il en était naguère, quand les bois de l'Etat étaient affectés à la Caisse d'amortissement. Ce qui me semble difficile à contester, c'est que, depuis la loi du 16 sep-

tembre 1871, qui a supprimé la dotation de cette caisse, bois et forêts sont redevenus (s'ils avaient jamais cessé de l'être) des biens nationaux proprement dits. Les grandes masses de bois et forêts sont donc ce qu'elles étaient avant la Restauration, c'est-à-dire inaliénables et imprescriptibles. D'une part, elles font partie du Domaine de la Nation française; de l'autre, elles ne sont comprises dans aucune des autorisations générales et indéfinies de vendre que nos législateurs ont pu donner au Gouvernement. C'est donc le principe, et non l'exception de l'art. 8 de la loi de 1790, qui doit leur être appliqué.

En somme, et pour employer une expression de l'ancien régime, l'État a maintenant un grand domaine et un petit. Le premier renferme les grandes masses de bois et forêts et les immeubles valant plus d'un million; le second comprend tous les autres biens non affectés à un usage ou à un service public. L'un est inaliénable et imprescriptible; l'autre, non moins prescriptible qu'aliénable.

Telles sont quelques-unes des solutions auxquelles on arrive, ce me semble, en interprétant les lois en vigueur sans idées préconçues. Oserai-je dire que l'esprit de système explique seul, au contraire, les théories de certains livres ou de certains arrêts touchant les matières domaniales? C'est ainsi, par exemple, qu'on a contesté, malgré les textes les plus formels, textes du droit ancien et du droit moderne, que les dépendances du domaine public fussent des biens, susceptibles d'*appartenir* à l'État, aux départements ou aux communes. Et ce n'est pas le seul cas où la doctrine et la jurisprudence aient méconnu les vrais principes de la loi. Peut-être chercherai-je à en donner une preuve nouvelle dans une étude où j'examinerai ce que l'on doit entendre par l'inaliénabilité du domaine public. H. BARCKHAUSEN.

---

DES DOMMAGES CAUSÉS AU LOCATAIRE PAR LE FAIT  
DU PROPRIÉTAIRE VOISIN,

Par M. L. GUILLOUARD, professeur agrégé à la Faculté de droit de Caen.

1. — D'après les principes généraux du louage, le bailleur doit garantir au preneur la jouissance paisible des lieux loués

pendant la durée du bail; et, si la jouissance du preneur est entravée, fût-ce par un fait étranger au bailleur, celui-ci n'en doit pas moins réparer le préjudice éprouvé par le preneur. Toutefois, l'étendue de la garantie varie suivant la cause du trouble souffert par le preneur : le dommage doit être réparé intégralement, si la non-jouissance vient d'un vice de la chose. Mais le bailleur ne sera tenu qu'à une diminution proportionnelle de loyer ou à la résiliation du bail sans indemnité, si le trouble est causé par un cas fortuit, ou parce que la chose louée a besoin de réparations, ou bien encore si le preneur est troublé par une action concernant la propriété du fonds. Enfin le bailleur ne devra aucune indemnité, et ne sera même pas tenu à une réduction de loyers, si le trouble a pour cause des voies de fait commises par des tiers qui ne prétendent aucun droit sur la chose louée; le preneur pourra seulement les poursuivre en son nom personnel.

Comment ces règles, écrites dans les articles 1719, 1721, 1722, 1724, 1725 et 1726, devront-elles être appliquées lorsque le trouble dont le preneur se plaint a pour cause *le fait du voisin*, qui en construisant chez lui, ou en y installant certaines industries, vient entraver la jouissance du locataire de l'immeuble contigu au sien? Le Code civil n'a point prévu cette cause de trouble, pourtant assez fréquente, et c'est dans les règles générales du louage que l'interprète doit chercher la solution des diverses questions qui naissent à ce propos.

2. — Le locataire peut être troublé par les travaux du propriétaire voisin dans trois hypothèses principales. On peut supposer d'abord, que ces travaux modifient les conditions de l'immeuble loué, en lui enlevant l'air, la lumière ou en apportant auprès de cet immeuble une industrie incommode ou bruyante qui vient troubler la tranquillité sur laquelle le locataire avait compté.

En second lieu, les travaux dont le résultat définitif ne doit causer aucune gêne au locataire, ont pu, pendant leur durée, entraver sa jouissance : la circulation et par suite l'accès de l'immeuble loué ont été rendus plus difficiles; l'exécution des travaux a couvert les meubles du locataire de poussière, de parcelles de pierre, de débris de toute sorte.



En troisième lieu les travaux du propriétaire voisin ont pu consister dans la reconstruction et la surélévation du mur mitoyen avec la maison louée : pendant leur durée, les appartements du locataire ont été déclos, ses meubles endommagés ; peut-être même a-t-il dû abandonner temporairement la portion de l'immeuble louée contiguë au mur mitoyen, et cette privation de l'usage d'une partie de la chose louée, s'il est commerçant, a amené une diminution dans ses bénéfices.

Quel sera dans ces divers cas, le droit du locataire soit vis-à-vis du locateur, soit vis-à-vis du propriétaire voisin ? Telle est la question que nous nous proposons d'examiner.

3. — Nous supposons, d'abord, que les conditions dans lesquelles se trouvait l'immeuble loué ont été modifiées par le fait du propriétaire voisin : ces modifications peuvent provenir de causes multiples. Par exemple, le propriétaire voisin élève une construction ou un mur qui enlève au locataire l'air et la lumière, ou bien il installe dans sa maison une industrie bruyante, une forge, une fabrique d'ustensiles de chaudronnerie, etc. Les inconvénients généraux peuvent même être aggravés par la profession du locataire, comme si, à côté d'un établissement loué à usage de blanchisserie, le propriétaire voisin construisait une usine, envoyant de la fumée et des parcelles de charbon dans les sécheries du blanchisseur. On peut encore supposer que le propriétaire voisin loue sa maison à usage de maison de tolérance.

Dans ces diverses hypothèses, et dans beaucoup d'autres analogues, le locataire dira avec vérité qu'il n'aurait pas loué du tout la maison par lui louée, ou qu'il ne l'aurait louée qu'à un prix moins élevé s'il avait connu les inconvénients que lui occasionnent les aménagements nouveaux du propriétaire voisin : pourra-t-il soit demander une indemnité de son chef au propriétaire voisin, soit demander contre le locateur des dommages-intérêts, ou la résiliation du bail ?

4. — Examinons, d'abord, quel est le droit du locataire vis-à-vis du propriétaire voisin.

Nous croyons qu'il peut, de son chef, agir directement contre lui, et, suivant les circonstances, le faire condamner à des dom-

mages-intérêts. En effet, le propriétaire voisin, qui construit chez lui, ou qui aménage des constructions existantes, ou qui y exerce, par lui ou par ses locataires, telle ou telle industrie, use en principe de son droit de propriété, et ne peut être obligé de réparer les inconvénients que l'usage de ce droit peut causer au voisin : *nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*<sup>4</sup>. Mais l'exercice absolu de ce droit de propriété est incompatible avec les exigences de la vie sociale, et, si chacun a le droit de disposer de sa chose comme bon lui semble, ce n'est qu'à la condition de ne pas rendre impossible l'usage de la chose du voisin. Ce système de concessions réciproques, sans lesquelles la vie en société serait impossible, trouve sa base dans l'art. 1382, qu'il faut combiner avec l'art. 544, qui consacre le droit absolu du propriétaire sur sa chose : et la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour proclamer que si l'exercice du droit de propriété est abusif, s'il rend impossible ou du moins difficile l'usage de la propriété voisine, s'il dépasse les inconvénients ordinaires auxquels tout voisin doit s'attendre, des dommages-intérêts seront dûs au voisin lésé.

Cette conciliation du droit de propriété avec les obligations du voisinage une fois admise, nous croyons que le locataire peut de son chef demander une indemnité au voisin qui a usé d'une façon abusive de son droit de propriété. En effet, ce voisin n'a pas seulement causé préjudice au propriétaire contigu, il a, en outre, lésé les intérêts particuliers du locataire de la maison voisine, pendant la durée du bail : pendant ce temps en effet le droit que le bail confère à celui-ci ne lui donnera pas tous les avantages sur lesquels il devait compter en contractant, et il peut, en vertu de l'art. 1382, se faire indemniser par le voisin de ce préjudice qu'il souffre par sa faute. Le fait du propriétaire voisin a donc, en réalité, causé préjudice à deux personnes, au propriétaire et au locataire de la maison contiguë, et il doit indemniser chacune d'elles dans la limite du tort qu'il a causé, le locataire pendant la durée de son bail, le propriétaire pour le dommage permanent dont souffre l'immeuble.

5. — Dans quels cas et dans quelles limites le locataire pour-

<sup>4</sup> L. 55, *et.*, *De regulis juris*.

ra-t-il exercer cette action en indemnité contre le propriétaire voisin? Et d'abord, dans quels cas?

Cette partie de la question ne rentre pas dans le cadre de notre étude, et elle demanderait, à elle seule, des développements considérables : c'est en effet toute la théorie des obligations du voisinage. Quels sont les dommages que le voisin doit souffrir sans se plaindre, parce qu'ils naissent de l'exercice normal du droit de propriété, et qu'ils ne dépassent pas la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage? Quels sont au contraire les dommages qui ont pour cause un véritable abus, et dont la réparation est due à ce titre? Cette question importante est difficile en droit et en fait : en droit, car d'un côté, il est difficile de donner une formule absolue et invariable pour concilier le droit qui appartient à chacun d'user de sa chose avec le respect de la propriété voisine; de l'autre, la question se complique souvent de l'existence de réglemens administratifs qui tolèrent ou permettent l'état de choses dont le voisin se plaint, et dans lesquels le propriétaire voisin voudrait trouver une fin de non-recevoir contre l'action en indemnité. En fait, il faut tenir compte, dans l'appréciation de ces questions, de circonstances multiples, et qui varient pour ainsi dire dans chaque affaire : le lieu où les constructions sont élevées, la profession de celui qui se plaint, les mœurs et les habitudes locales, etc ..

C'est ainsi que les inconvénients qui résultent du voisinage d'une usine devront être bien plus facilement tolérés dans une ville industrielle que dans une localité où l'industrie serait l'exception, car dans le premier cas les habitants ont dû compter sur ces inconvénients, qui constituent pour ainsi dire la manière d'être de la propriété en ce lieu.

6. — Lorsque les tribunaux jugeront qu'il y a abus de la part du propriétaire voisin, et qu'il y a lieu à dommages-intérêts contre lui par application de l'article 1382, quelle sera l'étendue de la réparation que le locataire voisin pourra lui demander?

Le préjudice souffert par le locataire peut comprendre plusieurs éléments : le plus souvent, il n'y aura pas pour lui perte d'argent, mais seulement privation d'avantages sur lesquels il avait compté et qui lui sont enlevés, l'air, le soleil, l'absence de

bruit, etc... Quelquefois cependant il éprouvera une perte pécuniaire, comme si son commerce était entravé par le fait du voisin.

Nous croyons que le locataire pourra demander au propriétaire voisin la réparation intégrale du préjudice qu'il éprouve : d'abord, il devra obtenir une somme équivalente à la moins-value locative de la maison qu'il occupe, pendant la durée de son bail, puis, s'il justifie d'un préjudice réel dans son commerce ou son industrie, il devra en être indemnisé, aussi bien en ce qui concerne le *lucrum cessans* que le *damnum emergens*. L'obligation de réparer le préjudice causé à autrui, écrite dans l'article 1382, ne serait pas exécutée si la réparation n'était pas intégrale. Telle est la théorie générale sur l'étendue de l'action en indemnité qui naît de l'article 1382, et il faut l'appliquer aussi bien au locataire qu'à toute autre personne qui invoque les dispositions de ce texte : la seule différence à signaler dans la situation du locataire, c'est que celui-ci, n'éprouvant qu'un dommage limité dans sa durée par la durée même du bail, ne pourra demander qu'une indemnité calculée sur le laps de temps qui reste à courir jusqu'à la fin du bail.

7. — Indépendamment de l'action que nous lui reconnaissons contre le propriétaire voisin, le locataire a aussi une action contre son bailleur, et il peut avoir intérêt à agir plutôt contre ce dernier, si, par exemple, la solvabilité du voisin est douteuse : quel est le principe de cette action, et quelle doit être l'étendue de la condamnation à intervenir contre le locateur ?

A notre avis, la question doit être tranchée par analogie de l'art. 1722 : comme dans l'hypothèse prévue par ce texte, la cause du dommage n'a pu être ni prévue ni par suite prévenue par le bailleur, et il ne peut devoir d'autre dédommagement que la diminution des loyers, ou, si le trouble apporté à la jouissance du preneur est considérable, la résiliation du bail. Mais il ne doit ni la réparation du préjudice que le locataire souffre dans son industrie, ni la réparation du préjudice moral qu'il éprouve : en effet, le locateur n'a commis aucune faute personnelle, et, en principe, il ne doit aucun dommages-intérêts. Seulement, comme le bail est un contrat successif, et que les loyers sont la

représentation de la jouissance annuelle du locataire, les loyers doivent être diminués à partir du moment où la jouissance est elle-même amoindrie, et dans la limite de cet amoindrissement. Par le même motif, si la jouissance de la chose louée avec la destination pour laquelle elle était donnée à bail est rendue impossible, le bail devra être résilié.

8. — On pourrait peut-être soutenir dans l'hypothèse que nous examinons que le bailleur n'est obligé à rien, pas même à une diminution de loyers ou à une résiliation de bail, en invoquant les termes de l'art. 1725, d'après lequel le bailleur n'est pas tenu de garantir les troubles que des tiers apportent à la jouissance du preneur, sans prétendre aucun droit sur la chose louée. Or le tiers qui construit chez lui d'une manière gênante pour le voisin ne prétend aucun droit sur la chose louée, et l'article 1725 semble mettre le bailleur à l'abri d'une action en garantie : que le preneur poursuive le voisin en son nom personnel, mais qu'il ne demande pas au bailleur la réparation d'un fait auquel il a été étranger, et dont la responsabilité ne peut incomber qu'à son auteur.

Ce système absolu doit, à notre avis, être écarté : l'art. 1725 est emprunté à Pothier, et les exemples que Pothier donne des troubles dont le locateur n'est pas garant montrent bien dans quelles limites il faut restreindre cette exception de non-garantie.

« Par exemple, si des laboureurs voisin font paître leurs troupeaux dans les prairies d'une métairie que je tiens à ferme, et ce par voie de fait, sans prétendre en avoir le droit ; si des voleurs, au clair de lune, vendangent mes vignes ; si des gens jettent du coclevant dans les étangs, et en font mourir les poissons, etc...<sup>4</sup> ».

Ces exemples montrent bien que, dans la pensée de Pothier, le locateur ne cesse d'être garant que lorsque le locataire se plaint de « *voies de fait* », c'est-à-dire d'entreprises passagères et accidentelles, qui ne touchent pas à la substance de la chose louée, mais qui en restreignent ou en empêchent temporairement la jouissance : ces expressions « *voies de fait* » sont d'ailleurs les expressions mêmes que Pothier emploie au n° 81 dont

<sup>4</sup> *Traité du louage*, II<sup>e</sup> partie, ch. I, sect. II, n° 81.

nous venons de citer un passage, et que l'art. 1725 reproduit.

Or les troubles à la jouissance du locataire dont nous nous occupons ont une bien autre gravité : la substance même de la chose louée est atteinte et amoindrie, soit en elle-même, soit à raison de la destination que les parties ont voulu lui assurer lors de la convention de louage. Il y a lieu dès lors d'appliquer, non pas l'exception de l'art. 1725, mais la règle écrite dans l'art. 1719, et d'après laquelle le bailleur est tenu de faire jouir paisiblement le preneur de la chose louée pendant la durée du bail : le bailleur ne peut remplir cette obligation, il doit donc garantir, mais comme le fait qui a empêché ou restreint le droit de jouissance du preneur a, vis-à-vis du bailleur comme vis-à-vis du preneur lui-même, le caractère d'un cas fortuit postérieur au bail, l'étendue de la garantie doit être restreinte, comme nous l'avons indiqué, à la résiliation du bail, ou à une diminution de loyers, sans qu'il y ait lieu à dommages-intérêts. Cette solution est d'ailleurs celle de Pothier, précisément dans l'une des hypothèses que nous avons prévues, la diminution de la lumière : « Par exemple, si j'ai  
« donné à loyer une maison à un ouvrier qui a besoin d'un très  
« grand jour pour exercer son art, et que depuis le bail le pro-  
« priétaire de la maison qui est vis-à-vis l'ait tellement exhaus-  
« sée, qu'il ait ôté tout le jour de ma maison, je suis garant de  
« ce défaut de jour survenu depuis le bail, et le locataire est en  
« droit de me demander la décharge du bail ».

9. — La seconde hypothèse dans laquelle le fait du propriétaire voisin peut nuire au locataire est l'hypothèse suivante : les travaux que le voisin exécute chez lui, une fois terminés, ne nuiront pas au locataire, mais pendant leur durée ils mettent obstacle à sa jouissance. Les trottoirs de la rue sont encombrés, la poussière des décombres envahit les appartements du locataire ; et si c'est un commerçant, ses marchandises sont défraîchies, et, de plus, la clientèle s'éloigne de ses magasins dont on ne peut approcher qu'avec difficulté. Ces faits peuvent-ils donner lieu à une indemnité à son profit, et contre qui devra-t-il former sa demande ?

Nous poserons d'abord en principe que si le propriétaire s'est conformé aux usages reçus dans le mode d'exécution de ses tra-

<sup>1</sup> Du louage, n° 11.

vaux, et si leur durée n'a pas dépassé la durée normale, le locataire ne peut demander d'indemnité à personne, ni au constructeur, ni au bailleur. En effet, en louant une maison dans une ville, le locataire a dû compter qu'à un moment donné l'un des voisins pourrait remplacer une maison ancienne par une maison neuve, ou élever une construction sur un terrain nu, et il a dû s'attendre, le cas échéant, aux inconvénients qui s'attachent à cette modification dans la propriété : c'est là une de ces servitudes, nombreuses dans la vie sociale, qui, pour n'être pas écrites dans un texte, n'en sont pas moins obligatoires. On peut dire, d'ailleurs, que ce droit pour le propriétaire du sol est écrit dans l'art. 544, qui porte que la propriété est le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue.

10. — Le droit du locataire ne naît donc, comme dans l'hypothèse précédente, que s'il y a abus : les travaux qui devaient durer quatre ou cinq mois ont duré un an, et pendant ce temps l'immeuble loué a été très difficilement accessible ; ou bien encore aucune des précautions usitées pour empêcher la poussière et les débris de toute sorte de se répandre chez le voisin n'a été prise. Alors il y a abus dans l'exercice d'un droit, et par suite il y lieu à dommages-intérêts, par application de la règle générale écrite dans l'art. 1382.

De là, il faut conclure que le locataire a une action en indemnité contre le propriétaire voisin qui a excédé son droit, et il pourra lui demander la réparation intégrale du préjudice que cet abus lui a occasionné. En vain le propriétaire se retrancherait-il derrière l'autorisation administrative qu'il a dû obtenir pour occuper le trottoir par ses échafaudages ou ses dépôts de matériaux : le locataire est fondé à répondre que ces autorisations ne sont jamais accordées que *salvo jure tertii* ; que d'ailleurs, de pareilles autorisations ne sont en réalité que des tolérances, qui ne peuvent créer, pour celui qui les obtient, le droit de léser les intérêts des tiers.

Ajoutons que le locataire fera bien de ne pas attendre la fin des travaux pour se plaindre, soit de leur lenteur, soit de leur exécution dommageable : il s'exposerait à ce que le propriétaire voisin répliquât victorieusement que s'il s'était plaint plus tôt, il

aurait hâté l'exécution des travaux, ou en aurait modifié les conditions, et que si ce locataire a souffert un préjudice, il ne peut s'en plaindre, mais doit l'attribuer au silence qu'il a gardé.

11. — Le locataire auquel nous reconnaissons le droit de demander au voisin, en cas d'abus, la réparation intégrale du préjudice causé, le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, aura-t-il la faculté de s'adresser au bailleur, et que pourra-t-il lui demander ?

Nous croyons qu'il faut, pour répondre à cette question, distinguer deux époques, la durée des travaux et leur achèvement.

Pendant la durée des travaux, le locataire peut, croyons-nous, demander au locateur de faire cesser ce trouble que lui cause le mode d'exécution ou la lenteur des travaux : le locateur doit, en effet, lui procurer la jouissance paisible de la chose louée, et par suite, le défendre contre les entreprises des tiers. Si l'on objectait en faveur du bailleur l'art. 1725, nous répondrions comme tout à l'heure qu'il ne s'agit pas là d'une « *voie de fait* », mais d'une entreprise dont le caractère et la durée sont de nature à porter une atteinte sérieuse, quoique temporaire, à la jouissance de la chose.

Mais, une fois les travaux achevés sans que le locataire ait formé d'action contre le locateur, nous croyons que celui-ci est complètement à l'abri d'une action en indemnité. Déjà pour le propriétaire voisin, le silence gardé par le locataire est une arme puissante pour repousser toute demande de dommages-intérêts : mais, pour le locateur, ce silence est décisif. Il ne s'agit plus, en effet, de procurer au locataire la jouissance paisible de la chose louée, il l'a obtenue par l'achèvement des travaux, mais de l'indemniser du prétendu préjudice dont il aurait souffert : or, le locateur est fondé à dire que s'il avait été prévenu, il aurait empêché le préjudice de naître, et que le silence incompréhensible du locataire ne peut l'exposer à subir *ex post facto* une réduction de loyers, avec un recours plus ou moins illusoire contre le propriétaire voisin. La faute commise par le locataire en négligeant d'avertir le locateur le rend non recevable, d'une façon absolue, à former une demande d'indemnité contre celui-ci.

12. — La troisième et dernière hypothèse que nous ayons a



examiner est celle où le propriétaire voisin a démolit le mur mitoyen pour le reconstruire et le surélever. Nous écartons bien entendu, le cas où cette démolition et cette reconstruction auraient été nécessitées par l'état du mur mitoyen : alors il ne s'agit plus du fait du voisin, mais de réparations à l'immeuble loué, et cette hypothèse est réglémentée par un texte, l'article 1724, qui s'applique aussi bien aux réparations à faire au mur mitoyen qu'aux réparations à faire à la propriété privative du locataire.

Mais nous supposons que dans son intérêt exclusif, et pour les nécessités d'une construction qu'il élève ou qu'il refait, le propriétaire voisin démolit le mur mitoyen. Il est inutile d'insister sur les inconvénients de toute nature qui vont naître de ce fait pour le locataire : la poussière, les décombres, le froid, l'humidité, la pluie même vont pénétrer dans ses appartements; quelques-uns vont être absolument inhabitables pendant la démolition et la reconstruction, et la jouissance des autres va être singulièrement entravée.

Cette hypothèse diffère des deux précédentes en ce que le seul exercice du droit du propriétaire voisin, sans qu'il y ait aucun abus de sa part, va entraîner un préjudice grave pour le locataire. En effet, en usant du droit que lui confèrent les articles 658 et 659, le propriétaire qui reconstruit le mur mitoyen, quelques précautions qu'il fasse prendre pour l'exécution de ses travaux, déclora forcément une partie des appartements du locataire, et les exposera, dans une mesure plus ou moins large, mais toujours grave, aux inconvénients que nous venons de signaler.

13. — Une première responsabilité peut être immédiatement indiquée : c'est celle du propriétaire voisin qui procéderait à la démolition et à la reconstruction du mur mitoyen sans prendre les précautions que l'usage indique ou en prolongeant outre mesure la durée des travaux, et qui aggraverait ainsi les inconvénients qui résultent déjà du travail en lui-même. Le locataire aurait alors contre lui une action en indemnité, basée sur l'article 1382, et de la nature de celle que nous avons indiquée dans les hypothèses précédentes.

Mais supposons que le constructeur a pris toutes les précautions voulues, et que la durée de ses travaux n'a rien eu d'anor-

mal : devra-t-il réparer vis-à-vis du locataire le préjudice qu'il a éprouvé ?

Nous croyons qu'il faut répondre négativement : le propriétaire qui reconstruit le mur mitoyen use d'un droit que la loi lui confère, et il est de principe que celui qui use d'un droit ne doit pas d'indemnité pour l'exercice qu'il en a fait. Il est vrai que dans notre ancien droit Goupy (sur Desgodets, art. 196 de la coutume de Paris) soutenait que le constructeur doit indemniser le propriétaire voisin de tous les inconvénients que lui cause la reconstruction du mur mitoyen, ce qui comprend l'indemnité qui peut être due au locataire de ce voisin.

Mais cette opinion, soutenue encore sous l'empire du Code civil par quelques auteurs <sup>1</sup>, nous paraît inadmissible. Nous ferons remarquer d'abord qu'elle paraît avoir été isolée dans notre ancien droit, et Pothier enseignait que le constructeur qui n'avait commis aucune faute personnelle, et qui n'avait pas mis plus de temps qu'il ne fallait à la reconstruction du mur, ne devait supporter que les frais de reconstruction en y comprenant l'étalement du bâtiment du voisin, ce qui est une conséquence directe de la reconstruction, mais rien au delà :

« Si le voisin était un maître paumier, qui eût, de son côté, « contre le mur commun un jeu de paume, dois-je aussi le « dédommager des profits de son jeu de paume dont il a été privé pendant le temps nécessaire pour la démolition et la reconstruction du mur, pendant lequel il n'a pu faire usage de son « jeu de paume ? »

« Desgodets décide que je n'y suis pas obligé ; et quoiqu'il soit « en cela repris par Goupy, qui prétend que j'y suis obligé, je « trouve l'avis de Desgodets régulier ; car je ne fais qu'user de « mon droit que me donne la loi et la communauté au mur. La « loi, en me donnant le pouvoir de démolir et de reconstruire le « mur commun, pour soutenir l'exhaussement que je veux faire, « ne m'oblige qu'à payer tous les frais de cette démolition et « reconstruction : on ne peut pas m'obliger à autre chose qu'à « ce à quoi la loi m'oblige. L'état de maître paumier qu'a mon « voisin ne doit pas me rendre plus onéreux mon droit de com-

<sup>1</sup> Delvincourt, I, p. 161 ; Toullier, II, n° 211 ; Pardessus, I, n° 174.

« communauté au mur. La privation du profit de son jeu de paume, « qu'il souffre pendant le temps nécessaire, n'est point un tort « que je lui cause ; car ce n'est pas faire tort à quelqu'un, que « d'user de son droit <sup>1</sup>. »

Tous les motifs donnés par Pothier militent en faveur de l'opinion que nous soutenons : l'art. 659 du Code civil, comme la coutume de Paris, ne met à la charge du constructeur que les frais de reconstruction, et on ne peut l'obliger à autre chose qu'à ce à quoi la loi l'oblige. De plus, la présence d'un locataire dans la maison voisine ne peut rendre plus onéreux le droit qui lui appartient de démolir et de reconstruire le mur mitoyen. Enfin l'occupant de cette maison voisine, quel qu'il soit, propriétaire ou locataire, ne peut se plaindre du tort qu'on lui cause : car il supporte l'exercice d'une servitude légale, réciproque, qui constitue la manière d'être des propriétés séparées par un mur mitoyen, et qui sera demain un avantage pour l'immeuble qui en souffre aujourd'hui. Aussi concluons-nous que le locataire n'a droit à aucune indemnité contre le propriétaire voisin <sup>2</sup>.

14. — Quel sera le droit du locataire contre le bailleur ? pourra-t-il lui demander une indemnité même lorsque le constructeur n'a commis aucune faute, et dans le cas de l'affirmative, quels éléments cette indemnité devra-t-elle comprendre ?

D'abord le locataire a-t-il droit à une indemnité contre le locateur, lorsque le constructeur n'a commis aucune faute ? Oui, du moment où la privation de jouissance de l'immeuble a été importante, le locateur en doit garantie, en vertu de l'art. 1719, qui l'oblige à assurer la paisible jouissance de l'immeuble loué. Mais que faudra-t-il entendre par une privation importante dans la jouissance de l'immeuble ? Il paraît naturel de résoudre cette question par analogie de l'art. 1724 : ce texte, prévoyant les réparations qui peuvent devenir nécessaires à une maison louée, décide qu'elles donneront lieu à garantie du bailleur si elles doivent durer plus de quarante jours, ou si elles rendent inhabitable

<sup>1</sup> *Du quasi-contrat de communauté*, art. V, § II, n° 215.

<sup>2</sup> Paris, 4 mai 1813 ; Paris, 19 juillet 1848, Sirey, 48, II, 463 ; tribunal civil de la Seine, 30 mai 1854. — Demolombe, XI, n° 406 ; Duranton, V, n° 331 ; Duvergier sur Toullier, II, n° 211.

Le logement du preneur. Sans doute cet article n'est pas écrit pour les travaux à effectuer par le voisin au mur mitoyen : mais, à défaut de règle spéciale, le mieux est de s'en référer à ce texte, qui indique quelle doit être la limite de la tolérance du locataire dans la maison duquel on exécute des travaux nécessaires, et quel est le point précis où son droit à l'indemnité commence.

15. — Si les travaux durent plus de quarante jours, ou même si, sans atteindre cette durée, ils rendent inhabitable l'immeuble loué, le locataire, a, disons-nous, droit à une indemnité : d'après quelles bases va-t-on la régler ?

Sur cette question spéciale, nous avons quelques arrêts, mais ils sont loin d'adopter une solution uniforme : pour les uns, l'indemnité doit comprendre tout le préjudice que le travail du voisin lui a causé, dommage causé au mobilier, privation de jouissance, pertes subies dans son industrie ou sa clientèle <sup>1</sup> ; pour les autres, l'indemnité doit être limitée à la privation de jouissance et aux pertes matérielles que le locataire a subies, comme le dégât causé à ses meubles, le transport de son mobilier dans un autre local : mais il ne peut rien réclamer ni pour la perte de sa clientèle, ni pour la perte des bénéfices qu'il aurait pu réaliser dans son industrie <sup>2</sup>. Enfin, quelques arrêts consacrent une troisième théorie, d'après laquelle le locataire ne peut demander qu'une réduction de loyers proportionnelle à la privation de jouissance dont il se plaint, ou la résiliation du bail, suivant la distinction faite par l'art. 1724 : mais il ne peut demander d'autre indemnité même pour pertes matérielles <sup>3</sup>.

Cette dernière théorie nous paraît la plus juridique, et nous n'hésitons pas à l'adopter, quelque dure qu'elle puisse paraître pour le locataire. Deux textes nous paraissent, d'abord, justifier cette solution, les articles 1722 et 1724 : on peut assimiler en effet l'usage que fait le voisin de son droit de mitoyenneté à un

<sup>1</sup> Paris, 19 juillet 1848, Sirey, 48, II, 463 ; trib. de la Seine, 19 juin 1863, *Droit*, 1<sup>er</sup> juillet 1863 ; Paris, 30 décembre 1864, Sirey, 65, II, 133.

<sup>2</sup> Aix, 4 mai 1863, Sirey, 1864, II, 73.

<sup>3</sup> Trib. de Marseille, 10 février 1863, Sirey, 1864, II, 73, *en no'e* ; Paris, 15 décembre 1875, Sirey, 76, II, 111.

véritable cas fortuit pour le locateur, qui ne peut l'empêcher, et à ce point de vue l'art. 1722 limite l'obligation du locateur à une simple diminution de loyers. On peut encore comparer cette reconstruction du mur mitoyen aux réparations urgentes qui deviennent nécessaires à l'immeuble loué, et là encore, aux termes de l'art. 1724, il ne peut y avoir lieu qu'à la résolution ou à une diminution de loyers.

Cette solution nous paraît conforme aux principes généraux du bail : que le locateur doive consentir à une résiliation ou à une réduction de loyers, ceci nous paraît certain, bien qu'il soit dur pour lui de subir une perte dont il ne pourra avoir recours contre le propriétaire voisin, qui pourtant en est cause : c'est une conséquence du contrat de bail, dans lequel les loyers ne peuvent être dûs qu'à raison de la jouissance de la chose, et dans la mesure où cette jouissance a eu lieu effectivement. Mais si le locataire demande en outre au locateur une indemnité à raison de ce fait du voisin, fût-ce pour préjudice matériel, cette indemnité n'a pas de cause : le locateur en effet n'a commis aucune faute qu'il doive réparer, et le préjudice très-réel dont se plaint le locataire prend sa source dans l'exercice d'une servitude légale qui pour le locateur, est un véritable cas de force majeure dont il ne peut être responsable.

Nous ajouterons que si le locataire éprouve un préjudice notable dans son commerce ou son industrie, il pourra obtenir la résiliation : il est bien vrai que cette résiliation peut être elle-même une cause de préjudice, si le locataire est forcé d'aller transplanter dans un autre quartier une maison de commerce bien achalandée. Mais, comme le préjudice dont il se plaint est inévitable, il faut bien que quelqu'un le supporte : en définitive ce ne peut être ni le constructeur, qui use d'un droit que la loi lui confère et qui n'a commis aucune faute, ni le locateur, qui est lui-même lésé par ces travaux qui rendent sa maison inhabitable, et qu'il n'a pu empêcher. Le locataire en supportera donc les conséquences, comme il devrait supporter les suites de tout cas fortuit qui viendrait entraver l'usage de la chose louée : il convient même de remarquer que, nul n'étant censé ignorer la loi, le locataire a dû prévoir que le mur mitoyen pouvait être démoli et

reconstruit, et à ce point de vue les inconvénients dont il souffre n'ont rien d'imprévu pour lui, quelque dommageables qu'ils puissent être.

L. GUILLOUARD.

---

## BIBLIOGRAPHIE.

---

DIE NJALSAGE insbesondere in ihren juristischen Bestandtheilen. Ein kritischer Beitrag zur altnordischen Rechts- und Literaturgeschichte, von Karl Lehmann und Hans Schnorr von Carolsfeld. Berlin, 1883.

Compte-rendu par M. Henry MONNIER.

Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Caen.

Il y a deux ans, au semestre d'hiver, des conférences sur les sources de l'ancien droit septentrional furent organisées dans le nouveau séminaire de la Faculté de droit de Munich. Ces conférences étaient dirigées par un homme d'une rare compétence en ces sortes d'études, M. Konrad Maurer <sup>1</sup>. Depuis longtemps le savant professeur avait des doutes sur la date communément attribuée à la saga islandaise où sont racontées les aventures de Njal, mais le temps lui faisant défaut pour les éclaircir lui-même, il proposa à deux de ses auditeurs de reprendre, pour leur propre compte, l'étude de la *Njala*. Les deux jeunes gens, l'un philologue, l'autre jurisconsulte, unirent leurs efforts. Le livre que nous présentons au lecteur est le résultat de leur commun travail. Il offre un intérêt que le lecteur instruit des sources de la législation islandaise ne peut manquer d'apprécier, et que nous allons faire toucher du doigt. L'Islande paraît avoir reçu d'Irlande ses premiers colons vers la fin du VIII<sup>e</sup> siècle. Environ un siècle plus tard, quelques chefs norwégiens, fuyant la tyrannie d'Harald Harfager (*pulchricomus*), vinrent avec leurs familles s'installer dans l'île. D'abord ils vécurent dans un état d'indépendance absolue, puis, les circonstances aidant, ils sentirent le besoin de s'unir. Sous l'inspiration d'un certain Uffliot,

<sup>1</sup> M. Maurer a écrit dans l'Encyklopaedie d'Holtzendorff sous le titre : *Ueberblick ueber die Geschichte der Nordgermanischen Rechtsquellen*, une soixantaine de pages qu'on peut proposer comme un modèle d'exposition. Voy. *Encycl. der Rechtswissenschaft herausgegeben* von Dr. Fr. von Holtzendorff, Ester Theil, 4<sup>e</sup> édit. Leipzig, 1882, p. 321 et s.

ils adoptèrent, vers l'année 930, une législation commune *quæ tum lex Ufflioti dicebatur*. Naturellement on retrouve dans les lois d'Uffliot les principales institutions norvégiennes : L'assemblée du peuple, *althing*, qui tous les ans se réunit en un lieu déterminé; la *lögrætta*, sorte de comité formé au sein de l'*Althing* et auquel appartient le pouvoir législatif; enfin, le *lögsögumadr*, mot à mot, l'homme qui dit la loi. Ce personnage de toutes les législations septentrionales est choisi pour trois ans par la *lögrætta*, ses attributions sont multiples: il doit notamment, aux réunions de l'*Althing*, faire, suivant certaines règles, une véritable exposition du droit existant; c'est lui qui préside la *lögrætta*; c'est lui qui tranche les questions du droit les plus embarrassantes. Son influence sur le développement de la législation dut être considérable, et l'on peut croire, sans trop de hardiesse, que la seconde codification islandaise, celle de 1117, fut simplement une rédaction officielle des décisions du *lögsögumadr*.

Le XII<sup>e</sup> et le XIII<sup>e</sup> siècle furent, dit-on, pour les Islandais des époques de grande prospérité. Leur goût passionné pour les récits qui charment les longues nuits d'hiver avait fait éclore une riche littérature. Le commerce florissait, les institutions appropriées aux mœurs et aux aspirations locales amenaient un progrès rapide de la civilisation. « Sous les brumes et les glaces, observe M. Reclus <sup>1</sup>, près du cercle polaire et de la grande banquise, la liberté produisait les mêmes fruits qu'en Italie. » Je crois pourtant qu'il y a eu de bonne heure quelque ombre au tableau. Le pays souffrait de tiraillements intérieurs. Les chefs se disputaient sans répit... En fin de compte, les dissensions intestines eurent leur effet habituel. Les étrangers se mêlèrent dans les affaires du de l'île, et, dans l'espace de deux ans, de 1262 à 1264, les Norvégiens obtinrent la soumission du pays. A la vérité, les Islandais avaient stipulé la conservation de leurs lois nationales, mais la clause du traité fut vite éludée. En 1273, le roi Magnus lagabötir imposa à l'*Althing* un véritable code de droit Norvégien, la

<sup>1</sup> *Nouv. Géographie univ.* Paris, 1879, IV, p. 937.

<sup>2</sup> Aux dissensions intestines il faut ajouter l'influence ecclésiastique. L'Eglise d'Islande dépendait depuis 1152 de l'archevêque de Drontheim.

*Järnsidå* (côte de fer), son fils le roi Eiríkr imposa la *Jónsbók*<sup>1</sup>. En quelques années l'introduction du droit étranger fut complète. Je n'ai pas à raconter les destinées de l'île sous les rois norwégiens et danois, la prospérité cessa avec l'indépendance. Le monopole commercial, la famine, les pirates, les éruptions volcaniques ruinèrent peu à peu cette terre des glaces. Aujourd'hui l'Islande se relève de sa longue misère, le monopole a cessé, l'indépendance est presque revenue, et la constitution de 1874 a rendu à l'*Althing* la plupart de ses antiques prérogatives<sup>2</sup>.

Les lois de la période républicaine doivent surtout être étudiées dans le célèbre recueil appelé *Grågås* (oie grise). On comprend sous ce nom une série de compilations sur le droit de la République qui ont entre elles une parenté indéniable. Il est certain que les auteurs ont puisé aux mêmes sources, savoir : les lois, les décisions du *lögsögumadr*, les recueils de formules<sup>3</sup> <sup>4</sup>. A côté des livres de droit, il faut encore consulter les Sagas. Elles fournissent sur l'histoire, les mœurs, les institutions du pays d'innombrables renseignements. Parmi ces Sagas il en est une si riche en indications juridiques que G. Vigfússon a pu écrire qu'elle était par excellence la Saga des juristes. « Aucune Saga, disent nos auteurs<sup>5</sup>, ne contient un aussi grand nombre d'expressions de droit... aucune, autant d'analyses d'actes juridiques... aucune

<sup>1</sup> Cf. Maurer, *op. cit.*, p. 225 et 327; Dareste, *Les anciennes lois de l'Islande*, *Journ. des Sav.*, 1881, p. 490 et s.

<sup>2</sup> La loi constitutionnelle du 5 janv. 1874 sur les affaires particulières de l'Islande a été traduite, dans l'*Annuaire de Législation étrangère*, par M. Cogordan. V. *Annuaire*, Paris, 1875, p. 580 et s.

<sup>3</sup> Ce titre si bizarre de *Grågås* n'est pas le nom ancien de la collection. Il apparaît pour la première fois dans le *Specimen lexici runnici* publié en 1650 par Olaus Wormius. Il tire son origine d'une véritable méprise. Cf. Pardessus, *Journal des Savants*, 1831, p. 197 et Maurer, *op. cit.*, p. 333.

<sup>4</sup> Les deux manuscrits les plus complets, les plus précieux du *Grågås* sont le *Codex Regius* et le *Codex Arnarnagaeanus*. La compilation du *Codex Regius* remonte aux années 1258-62, celle du *Codex Arnarnag.* aux années 1262-71. Nous n'avons pas les manuscrits originaux. Le *Grågås* a été édité avec une traduction latine et une longue dissertation historique de F. G. Schlegel en 1829 à Copenhague (Haunia). Dans la même ville en 1870 et 1879, Finsen a publié le *Codex Regius* et le *Codex Arnarnagaeanus*, le premier avec texte et traduction danoise, le second sans traduction.

<sup>5</sup> V. *Op. cit.*, p. 46 et s.



n'est aussi riche en formules... aucune n'a pour auteur un écrivain aussi curieux des choses du droit... aucune enfin ne contient un aussi grand nombre de motifs empruntés bon gré mal gré à notre science... » Une lecture, même très superficielle, de la Saga permettra de vérifier ces affirmations en même temps qu'elle expliquera l'importance que F. G. Schlegel et tant d'autres savants ont attaché à la *Njåla*. On la considérait comme une mine inépuisable de renseignements sur le droit de la période républicaine. Pardessus n'était que l'écho du monde érudit quand il écrivait en 1834 : « Cet ouvrage a été composé vers le milieu du XII<sup>e</sup> siècle. Tous les savants s'accordent à attester qu'il peint fidèlement les mœurs et les usages du temps où ont vécu les personnages dont il raconte les aventures <sup>1</sup>. » Ce qui fait le vif intérêt du livre de MM. Lehmann et H. Schnorr, c'est qu'ils ont pris le contrepied de l'opinion ancienne. Pour eux la *Njåla* ne contient presque aucun renseignement qu'on ne trouve dans les livres de droit, ou qu'on ne puisse aisément retrouver par le simple bon sens. Les rares indications qui contredisent les livres de droit ne peuvent être considérées comme les traces d'un droit antérieur. Elles s'expliquent tantôt par une erreur de l'écrivain, tantôt par la substitution d'un droit postérieur à la République, et généralement, d'un droit purement norvégien. L'auteur de la *Njåla* n'était certainement pas un Islandais du temps de la République... C'était un érudit qui a voulu faire étalage de connaissances juridiques, puisées dans les vieux livres islandais... La Saga ne peut être antérieure au dernier tiers du XII<sup>e</sup> siècle <sup>2</sup>.

Voilà la thèse. Suivons quelques instants MM. Lehmann et Schnorr dans les détails de la démonstration.

Je trouve d'abord recueillies, dans le second chapitre, un grand nombre d'expressions techniques qui les unes sont inexplicables, les autres ne s'expliquent que par des emprunts faits à la législation norvégienne. Un exemple entre cent : nous savons quel rôle important et curieux joue le *logsögumadr*. On ne peut guère le confondre avec le simple jurisconsulte (*lögmaðr*) dont il est quelquefois tenu de prendre les avis : les sources classiques

<sup>1</sup> *Journ. des Sav.*, années 1831. p. 205.

<sup>2</sup> *Op. cit.*, p. 8 et 137.

maintiennent sévèrement la distinction. « Dans le droit norvégien au contraire, celui qui dit la loi a le titre officiel de *lögmaðr*. Avec la *Jarnsida* le titre passa en Islande <sup>1</sup>. Dans la thèse de nos auteurs on comprend à merveille que la *Njåla* confonde parfois les deux appellations; le narrateur est troublé dans son érudition par le spectacle du droit contemporain.

Dans le troisième chapitre, les auteurs examinent les actes juridiques décrits dans la Saga. Dès le début du récit on rencontre une question de succession que l'auteur de la Saga a mal comprise ou mal exposée. Puis viennent deux divorces. Le premier est demandé par la femme. Unne prétend que son mari est sous un charme et ne peut remplir ses devoirs conjugaux. Sur les indications de son père, voici comment elle s'y prend pour divorcer. Elle fait une première déclaration devant témoins au pied du lit conjugal, une seconde déclaration au seuil de la porte, la troisième déclaration est faite par son père au *Lögberg* <sup>2</sup>. Ces formes sont essentielles : plus loin, en effet, l'action en restitution de dot est écartée parce que la preuve des trois déclarations n'est pas administrée. Et cependant nous rencontrons un autre divorce réalisé d'une manière beaucoup plus expéditive. Thraën, venu avec sa femme Thorhilde aux noces de Gunnar, aperçoit parmi les conviés une jeune fille à son goût et la courtise aussitôt, Thorhilde veut railler son mari ; celui-ci sans plus attendre rassemble des témoins, déclare qu'il divorce, renvoie promptement Thorhilde, et se remarie avec la jeune fille. Au lieu d'une noce, il y en a deux. On voit la difficulté. Les formalités observées dans le premier divorce sont substantielles, c'est l'auteur de la *Njåla* qui nous l'a appris, et voici maintenant qu'il nous parle d'un divorce valable sans aucunes formalités. Peut-être faut-il croire à une interpolation <sup>3</sup>.

Le IV<sup>e</sup> chapitre est le plus important de l'ouvrage. Nos auteurs ont soigneusement analysé les six procès de la *Njåla*. Le premier se rattache au droit civil. Unne, après le divorce réclame

<sup>1</sup> *Op. cit.*, p. 26.

<sup>2</sup> Cf. Jacob Grimm, *Deutsche Rechts Alterthümer*, 3<sup>e</sup> édit. 1881, p. 802.

<sup>3</sup> Le premier appendice de notre ouvrage est consacré aux interpolations qu'on rencontre dans la *Njåla*. V. p. 132 à 160.

à Rut son ancien mari la dot et la contre-dot. L'action est une première fois introduite par *lysa*, c'est-à-dire par une sorte de publicité donnée à la demande. Rut l'écarte par l'offre d'un duel judiciaire<sup>1</sup> que le représentant d'Unne n'ose pas accepter. L'action est une seconde fois introduite par *stefna* c'est-à-dire par (citation proprement dite faite à la personne). Les moyens employés pour que Rut soit touché par la citation sont curieux. Il y a là une histoire de déguisement tout à fait piquante. Le procès une fois engagé, Rut excipe d'un défaut de forme, et finalement se résigne à payer pour écarter le combat qui lui a été proposé. — Le récit de la *Njåla* s'explique tant bien que mal, sauf pourtant la possibilité de recommencer l'instance. On ne peut en dire autant des cinq procès qui suivent. Les obscurités, les contradictions, les erreurs relevées, discutées par nos auteurs avec une juvénile ardeur démontrent jusqu'à l'évidence que l'auteur de la *Njåla* n'est ni le contemporain des événements qu'il raconte ni un juriconsulte, du moins un juriconsulte de la période républicaine. Je ne pourrais, sans donner à ce compte rendu une longueur exagérée, esquisser les cinq procès criminels comme j'ai fait le procès civil : le lecteur voudra bien se reporter à l'ouvrage même que j'analyse ; il y trouvera, soumis à une critique minutieuse, tous les détails de procédure criminelle donnés par la *Saga*. Je signale surtout le long procès de Flosi coupable d'avoir fait brûler Njål et une partie de sa famille ; MM. Lehmann et H. Schnorr en ont suivi la procédure dans toutes ses phases. Leur discussion est claire, faite avec une connaissance des sources qu'il faut louer sans restriction. On m'excusera de ne rien dire du style. Son allure rapide m'a rappelé la langue parlée. Serait-ce une erreur de croire que plus d'une page a été rédigée à la fin d'une conférence, au sortir d'une discussion vive et courtoise avec le savant M. Maurer<sup>2</sup> ?

<sup>1</sup> Le duel judiciaire fut supprimé en Islande en 1006. Il ne disparut en Allemagne qu'au XIV<sup>e</sup> siècle, Grimm., *op. cit.*, p. 929.

<sup>2</sup> Nos auteurs se sont très nettement séparés de leur maître sur la délicate question que soulèvent la compétence du *judicium quinarium* (*Fim-tardómr*) et les détails, au moins en apparence, peu concordants de la *Njåla* et des livres de droit. Cf. *op. cit.*, p. 128 et 130.

Je ne sais si ce livre, rencontrera beaucoup de lecteurs en France. Les antiquités des peuples étrangers ne sont guère étudiées par nos jurisconsultes. Il semble que l'histoire du droit français suffise à notre peine. Et pourtant on ne doit pas oublier que les institutions en apparence les plus éloignées sont souvent unies par des liens mystérieux. C'est à découvrir ces liens que l'historien du droit consacre ses efforts. Fixer les origines, comparer les institutions, rechercher les causes, formuler les lois qui président au développement de la vie sociale, voilà le but. Est-il vraiment inaccessible ? Faut-il dire avec P. J. Proudhon<sup>1</sup> que « l'histoire considérée à ce point de vue, est une impossibilité, une chimère ? » Non ; on peut seulement croire que tout essai de construction scientifique serait prématuré. Dans la vaste enquête entreprise par les historiens et les jurisconsultes de ce temps, trop de documents sont restés inexpliqués ou méconnus. Le travail le plus urgent est donc l'étude critique des sources. C'est là ce que MM. Lehmann et H. Schnorr ont compris. A notre estime, ce n'est pas un mince mérite que d'apporter, même sur une question secondaire, des indications précises et des matériaux bien ordonnés.

H. MONNIER.

<sup>1</sup> V. *De la création de l'ordre dans l'humanité*, ch. V.

---

*L'Editeur-Gérant* : F. PICHON

---

## EXAMEN DOCTRINAL

### JURISPRUDENCE CRIMINELLE,

1882-1883.

Par M. Albert DESJARDINS, professeur à la Faculté de droit de Paris.

#### § 1<sup>er</sup>. DROIT PÉNAL.

1. C. p., art. 379 et 408. Distinction entre le vol et l'abus de confiance.
2. C. p., art. 400, 2<sup>o</sup>. Chantage.
3. C. p., art. 407. Abus de blanc-seing.

#### § 2. INSTRUCTION CRIMINELLE.

1. C. I. C., art. 293. Interrogatoire de l'accusé dans la maison de justice. Qui peut y procéder?
2. C. I. C., art. 637, 638 et 643. Prescription de l'action publique; courtes prescriptions; interruption.
1. C. p., art. 379 et 408. Distinction entre le vol et l'abus de confiance.

#### § 1<sup>er</sup>. — DROIT PÉNAL.

La distinction entre le vol et l'abus de confiance donne toujours lieu à un certain nombre de décisions judiciaires.

La Cour de cassation, chambre criminelle, dans un arrêt du 21 juillet 1882, après avoir écarté une prévention d'abus de confiance par la raison que, d'après les constatations de la décision attaquée, « la veuve Gleines n'avait pas volontairement remis les fonds au prévenu », ajoute : « Les énonciations formelles de l'arrêt établissent que le prévenu a pris des mains de la veuve Gleines les fonds qu'elle détenait sous prétexte d'en vérifier le chiffre et qu'il s'est emparé de ces fonds par surprise; les faits ainsi souverainement constatés présentent tous les caractères du délit de soustraction frauduleuse. »

D'après une jurisprudence constante, dès que le propriétaire d'un objet l'a remis volontairement à une autre personne, le fait postérieur par lequel celle-ci se l'approprie, si indélicat qu'il soit, ne saurait constituer un vol, une soustraction frauduleuse; la fraude peut exister, la soustraction n'existe pas : « Le mot *soustraire*, disait la Cour de cassation dans un arrêt du 2 mai 1845, emporte l'idée d'une appréhension, d'un déplacement qui doit être le fait du coupable; cet article (379) n'est donc pas applicable à celui qui reçoit la chose ou à qui la chose est

remise, et qui ensuite, dans un esprit de fraude, la retire ou en dispose au préjudice du légitime propriétaire. » Dans un arrêt du 9 juillet 1853, elle définit la soustraction « le déplacement matériel et l'appréhension manuelle contre le gré et en dehors de la volonté du propriétaire. »

Peu importe que la volonté du propriétaire ait été déterminée par une erreur, par exemple qu'il ait remis une pièce d'or, croyant remettre une pièce d'argent, un billet de banque de mille francs au lieu d'un billet de cent francs, et que la personne qui a reçu la pièce ou le billet profite ensuite de l'erreur; bien plus, « il en serait encore ainsi, dit M. Blanche <sup>1</sup>, lors même que le légitime propriétaire n'aurait fait la remise de la chose qu'abusé par le dol ou par la fraude, » si la personne avec laquelle il traite avait obtenu que l'objet lui fût livré en faisant croire qu'elle le restituerait dans le plus bref délai.

Il n'y aurait soustraction que si la remise dont cette personne abuse pour s'approprier frauduleusement l'objet était nécessaire et forcée. Tel est le cas où un débiteur demande à vérifier, avant le paiement, l'effet qu'il se dit prêt à solder; le créancier ne peut refuser la communication sans laquelle la vérification est impossible <sup>2</sup>.

L'arrêt du 21 juillet 1882 n'est pas assez clairement rédigé pour qu'on puisse le regarder comme s'accordant sans difficulté avec la jurisprudence dont nous venons d'indiquer les principes. Il constate que le prévenu s'est emparé *par surprise* des fonds de la veuve Gleines et sous prétexte d'en vérifier le chiffre, mais quel est le sens de ces mots : *par surprise*? Excluent-ils le consentement de la veuve Gleines? Signifient-ils seulement que ce consentement n'était pas éclairé, qu'elle a laissé prendre ses fonds, dans la pensée qu'il ne s'agissait que d'une simple vérification? Cette supposition est vraisemblable en elle-même. D'un autre côté, si l'on conçoit que la veuve Gleines laissât faire la vérification, il semble difficile de considérer la remise de l'objet comme « nécessaire et forcée, » et l'arrêt ne le dit même pas.

<sup>1</sup> Cinquième étude, n° 461.

<sup>2</sup> *Ib.*, n° 462, citant 2 arrêts, l'un du 31 mars 1855, l'autre du 15 janvier 1867.

En supposant que la veuve Gleines eût remis les fonds volontairement, quoique sous l'empire d'une erreur ou d'une fraude, nous croyons qu'il aurait fallu rattacher la condamnation, non à l'art. 379, mais à l'art. 408, ce qu'avaient fait les juges du fond.

2. C. p., art. 400, 2°. Chantage.

La loi du 13 mai 1863 a puni le chantage, sans lui donner ce nom, par la disposition qui forme actuellement le deuxième paragraphe de l'art. 400, C. pén. : « Quiconque, à l'aide de la menace écrite ou verbale, de révélations ou d'imputations diffamatoires, aura extorqué ou tenté d'extorquer, soit la remise de fonds ou valeurs, soit la signature ou remise des écrits énumérés ci-dessus (dans le 1<sup>er</sup> paragraphe)..... » La Cour de cassation a eu, le 22 mars 1883, à décider si l'article était applicable à la menace de la publication d'un fait déjà publié, tel qu'un jugement, et elle a donné une réponse affirmative dans les termes suivants : « Attendu que le fait que prévoit et punit l'art. 400-2°, C. pén., n'est pas la *publication*, mais bien la *menace de la révélation* d'un fait diffamatoire ; qu'il importe peu que cette menace de révélation vise un fait vrai ou faux, que, si elle a pour mobile honteux un lucre illégitime, cela suffit pour qu'elle tombe sous l'application dudit article... »

Le rapporteur du corps législatif, M. Debelleyme, avait dit : « Le chantage doit-il être puni ? Nul ne le conteste, quand il procède par la menace de l'imputation d'un fait faux. On hésite, lorsqu'il agit par la menace de la révélation d'un fait vrai. » Il concluait ainsi : « Ce n'est pas la personne qui est l'objet du chantage qu'il faut considérer, c'est celle qui le pratique, qui menace, qui contraint, qui extorque à l'aide du secret qu'elle possède et qui fait dans tous les cas la plus odieuse spéculation, La diffamation ne divulgue ainsi quelquefois que des faits vrais, et cependant la loi n'hésite pas à la punir sans se préoccuper de la vérité ou de la fausseté des allégations, ni de l'intérêt plus ou moins grand que la personne diffamée peut inspirer. »

Mais le rapporteur supposait un *secret*. Il avait déjà dit auparavant : « Le travail, l'occasion, une confiance importante nous initient quelquefois à des *secrets*... ; il se rencontre des hommes

assez vils pour profiter de la connaissance qu'ils ont de ces *secrets...* » M. Jules Favre, dans la discussion, tenait le même langage : « Je n'examine pas la question très délicate de savoir si celui qui a eu dans sa vie une défaillance, une faiblesse, une *faute cachée*, est digne de la protection de la justice. » Il semble que les auteurs de la loi aient uniquement pensé aux *secrets*, aux *fautes cachées*, non aux faits déjà publics par eux-mêmes. Nous croyons cependant que la Cour de cassation a bien entendu l'art. 400-2°. Le même mot est susceptible de plusieurs significations, ou, si nous osons parler ainsi, de plusieurs degrés dans une même signification. La condamnation prononcée contre une personne est publique en ce sens que le jugement a été rendu en audience publique; elle l'est aussi en cet autre sens qu'une certaine quantité de personnes peut en avoir eu connaissance, au moment du jugement rendu, ou l'avoir connu plus tard. Mais l'auteur du chantage veut évidemment donner à ce fait un degré de publicité auquel il n'avait pas atteint, le rendre plus public qu'il n'était; il menace de le révéler dans les conditions telles que la révélation cause un préjudice, au moins moral, peut-être pécuniaire, à celui qui avait été jadis frappé par la justice; il excite par conséquent dans l'âme de celui-ci la crainte d'un mal certain ou possible et il spéculé sur cette crainte; il commet le délit prévu et puni par l'art. 400-2°.

3. C. p., art. 407. Abus de blanc-seing.

Une personne prévenue d'abus de blanc-seing invoquait la prescription. Un arrêt de la Cour de cassation, en date du 5 janvier 1883, répond au pourvoi sur ce point dans les termes suivants : « Attendu que l'abus d'un blanc-seing se réalise par l'usage frauduleux qu'on en fait; qu'il se reproduit donc et se perpétue chaque fois que cette usage se renouvelle; d'où suit que la prescription du délit ne commence à courir qu'à dater du dernier usage qu'on en fait; qu'en décidant, en conséquence, que moins de trois années s'étant écoulé entre le dernier usage fait par le demandeur de l'écrit altéré et le premier acte de poursuite, la prescription n'était pas accomplie, l'arrêt attaqué n'a ni violé les art. 637 et 638, C. I. C., ni faussement appliqué l'art. 407, C. pén. »



Cet arrêt reproduit une doctrine qui se trouvait déjà dans plusieurs arrêts de la Cour de cassation, depuis le 21 avril 1821 ; les expressions sont à peu de chose près les mêmes.

La doctrine se forme de deux idées reliées entre elles comme le principe et la conséquence. Le principe est que « l'abus d'un blanc-seing se réalise par l'usage frauduleux qu'on en fait ; » la conséquence que le délit « se reproduit et se perpétue chaque fois que cet usage se renouvelle, » que c'est un délit continu ou successif, que la prescription commence seulement à courir au moment où ce délit continu prend fin par l'accomplissement du dernier fait d'usage.

1) Est-il vrai que l'usage du blanc-seing frauduleusement rempli soit nécessaire pour réaliser l'abus de blanc-seing, tel que le définit l'art. 407?

Il faut s'entendre sur le sens du mot *réaliser*. Veut-on dire que celui qui remplit par fraude un blanc-seing en écrivant, par exemple, une obligation ou une décharge a l'intention de s'en servir, et que c'est l'usage ultérieur qui réalise cette intention ? La Cour ne se trompe assurément pas, il y a un profit à tirer du délit, et nul profit n'est possible pour qui garderait caché le blanc-seing altéré par lui. Mais de cette observation parfaitement exacte on ne peut tirer aucune conséquence pour déterminer le caractère du délit. Le mot *réaliser* devient-il le synonyme de *consommer* ? N'y a-t-il qu'une tentative tant que celui qui a écrit n'a pas usé de l'obligation ou de la décharge ? Alors, mais seulement alors, il est permis de dire que le délit est continu, que le dernier fait d'usage deviendra le point de départ de la prescription. Le second sens étant le seul qui se puisse accorder avec l'ensemble de l'arrêt, c'est aussi le seul qui se puisse donner à l'expression employée par la Cour de cassation, c'est du reste celui qu'ont adopté avec plus de netteté et développé avec plus d'étendue les Cours d'Orléans et de Paris <sup>1</sup>.

Il est vrai que la Cour de cassation elle-même contredit l'opinion qui semble la sienne, quand elle dit, dès 1825 : « que

<sup>1</sup> Orléans, 24 août 1840, D. A., v° *Abus de confiance*, n° 54. — Paris, 14 oct. 1840, *Gazette des Tribunaux*, 15 oct. 1840. V. M. Brun de Villeret, *Traité théorique et pratique de la Prescription en matière criminelle*, n° 150.

l'art. 407, C. pén., n'exige point, pour déclarer punissable l'abus de blanc-seing, qu'il ait été fait usage de la pièce résultante de cet abus <sup>1</sup>. » Cette doctrine est, d'ailleurs, la seule qui puisse être soutenue. Tous les auteurs l'embrassent sans hésiter. On se demande comment il a été possible à des Cours de décider autrement, quand elles avaient à faire l'application d'un texte ainsi conçu : « Quiconque, abusant d'un blanc-seing qui lui aura été confié, aura frauduleusement écrit au-dessus une obligation ou décharge, ou tout autre acte pouvant compromettre la personne ou la fortune du signataire. » Pas un mot sur l'usage de l'acte. Pourquoi ce silence ? On peut accepter l'explication de M. Faustin-Hélie : « La seule raison de ce silence, c'est que, l'usage de la convention supposée sur le blanc-seing étant le plus souvent fait par l'auteur même de l'abus, il était inutile d'incriminer cet usage séparément <sup>2</sup>. »

2) Le délit d'abus de blanc-seing doit-il être considéré comme un délit continu formé par le rapprochement de faits successifs d'usage avec un fait originaire, celui qui consiste à écrire une obligation ou décharge au-dessus du blanc-seing ?

Sur cette seconde question, la pensée de la Cour suprême cesse d'être équivoque, il nous sera permis de dire qu'il est bien difficile de l'admettre. La conséquence ne tombe-t-elle pas avec le principe ? Si le fait atteint par la loi est celui qui consiste à écrire une obligation ou décharge au-dessus du blanc-seing confié, il n'a par lui-même rien de continu ou successif, il est certainement instantané. L'usage postérieur ne rentre pas dans les faits constitutifs du délit, tel que l'a défini la loi ; il ne peut donc servir à caractériser ce même délit, et le faire ranger dans telle ou telle classe et spécialement parmi les délits continus. Il faudrait aller, pour soutenir, autrement que par une pure affirmation, la thèse de l'arrêt, jusqu'à dire que, si l'abus de blanc-seing, indépendamment de l'usage postérieur, constitue un délit instantané, ce même fait suivi de l'usage constitue un délit différent, qui devient continu ; mais où serait dans la loi le fondement d'une telle doctrine ?

<sup>1</sup> D. A., l. cit., n° 41.

<sup>2</sup> *Théorie du Code pénal*, n° 2262, t. V., p. 427.

Si M. Mangin <sup>1</sup> met hors de doute la théorie professée par la Cour de cassation, M. Faustin-Hélie <sup>2</sup> pense qu'elle « révèle une confusion », et que « la prescription à l'égard de chacun des faits court de sa perpétration. Il n'y a point là, dit-il, le fait continu, car la possession d'un acte faux, indépendamment de sa fabrication, ne constitue point un crime quand on n'en fait aucun usage. Il n'y a point non plus de perpétuité dans l'acte, car chaque fait d'usage peut être fait à des intervalles et s'appliquer à des affaires distinctes. »

3) Une troisième question est implicitement tranchée par l'arrêt, et la solution qu'en donne, qu'en a donnée constamment la Cour de cassation, semble très-douteuse en théorie.

L'art. 407, C. p., nous l'avons vu, est muet sur l'usage fait du blanc-seing déjà rempli. Cet usage, qui ne doit pas être rangé parmi les éléments constitutifs du délit, constitue-t-il lui-même un délit *sui generis*, ou, pour mieux dire, une espèce particulière du délit prévu par l'art. 407? Quand la prescription triennale couvre la fabrication, l'usage qui remonte à moins de trois ans le jour où la poursuite est intentée, peut-il être puni?

Assurément la réponse affirmative satisferait la conscience et l'intérêt social; on comprend qu'elle ait été donnée par la Cour de cassation et approuvée par d'imposantes autorités <sup>3</sup>. Il nous serait cependant difficile de ne donner pas raison à M. Brun de Villeret soutenant l'opinion contraire <sup>4</sup>. Après avoir constaté le silence de l'art. 407 sur l'usage du blanc-seing frauduleusement rempli, cet auteur s'exprime ainsi : « Quels que soient les motifs du législateur, que son silence soit calculé ou involontaire, peut-on suppléer à cette lacune? Peut-on créer par analogie un délit particulier d'usage frauduleux d'un blanc-seing? Les règles qui dominent l'interprétation pénale s'opposent à cette extension donnée à la loi. Toutes les fois que le législateur a voulu incriminer

<sup>1</sup> *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, 3<sup>e</sup> éd., revue par M. A. Sorel, n<sup>o</sup> 325.

<sup>2</sup> *Traité de l'instruction criminelle*, n<sup>o</sup> 1069, t. II, p. 607.

<sup>3</sup> M. Ach. Morin, *Dictionnaire du Droit criminel*, v<sup>o</sup> *Blanc-seing*. — M. Blanche. Sixième étude, n<sup>o</sup> 206. — M. Faustin-Hélie, *Pratique criminelle*, 2<sup>e</sup> partie, n<sup>o</sup> 817. — D. A., v<sup>o</sup> *Abus de confiance*, n<sup>o</sup> 43.

<sup>4</sup> *Loc. cit.*, n<sup>o</sup> 151.

miner l'usage d'un objet ou d'un écrit dont la fabrication ou la contrefaçon constituent un crime de faux, il a édicté une disposition particulière pour atteindre cet usage frauduleux, pour en faire un crime distinct de la fabrication. Une semblable disposition serait indispensable pour punir l'usage du blanc-seing dont l'agent a abusé et qui lui avait été confié. Cette omission est regrettable sans doute... » L'argumentation de M. Brun de Villeret nous paraît décisive. Les principes incontestables qui président à l'application des peines ne permettent pas de frapper un fait que la loi n'a pas prévu; l'art. 4, C. p., nous en fournirait la preuve au besoin. L'usage du blanc-seing frauduleusement rempli n'est pas indiqué comme un fait punissable dans l'art. 407; il doit échapper à la répression.

### § 2. — INSTRUCTION CRIMINELLE.

1. C. I. C., art. 293. Interrogatoire de l'accusé dans la maison de justice.  
Qui peut y procéder?

L'art. 293, reproduisant à peu près les dispositions de la loi des 16-29 septembre 1791 (2<sup>e</sup> partie, tit. VI, art. 10) et du Code du 3 brumaire an IV (art. 273), porte : « Vingt-quatre heures au plus tard après la remise des pièces au greffe et l'arrivée de l'accusé dans la maison de justice, celui-ci sera interrogé par le président de la Cour d'assises, ou par le juge qu'il aura délégué. »

Que l'interrogatoire fût fait par le président ou, s'il n'y pouvait procéder lui-même, qu'il déléguât un juge pour le faire à sa place, tel était l'ordre de la loi.

L'art. 91 du décret du 6 juillet 1810 porte : « Si vingt-quatre heures après l'arrivée d'un accusé dans la maison de justice, le président des assises n'est pas sur les lieux et qu'il n'y ait point de juge par lui délégué, conformément à l'art. 293, C. I. C., pour interroger les accusés, il sera procédé à l'interrogatoire par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qu'il aura commis à cet effet. »

La Cour de cassation, chambre criminelle, après avoir cité ce texte, ajoute : « Attendu qu'il résulte de cette disposition légale que, en cas d'absence du président des assises, le président du tribunal a un pouvoir propre de délégation; — Attendu que, si le

président du tribunal d'Alençon avait été, dans l'espèce, délégué par le président des assises pour procéder à l'interrogatoire de l'accusé, ce magistrat, en commettant un juge suppléant du siège en son remplacement, doit être présumé avoir été empêché d'y procéder lui-même et qu'il a fait un usage régulier de son pouvoir légal. » (17 nov. 1882).

Plusieurs observations peuvent être faites à propos de cet arrêt.

1° L'application de l'art. 91 du décret du 6 juillet 1810 éveillerait bien quelques scrupules, si l'on n'y était pas habitué depuis si longtemps.

L'arrêt du 17 nov. 1882 qualifie cet article de *disposition légale*; il n'en est pas moins vrai qu'il est dans un décret et non dans une loi. Un décret a-t-il pu modifier le Code d'instruction criminelle?

Nous n'insisterons pas sur le raisonnement au moyen duquel la jurisprudence a cru pouvoir maintenir les décrets illégaux du premier empire; que la valeur juridique en soit nulle, c'est ce qu'il est difficile de contester; une pensée d'utilité a seule inspiré les juges qui se sont contentés d'une apparence d'argument: l'embarras eût été trop grand si les décrets reconnus illégaux, il avait fallu renoncer à des appliquer, sans que le législateur eût rien mis à sa place. Ce n'est pas ici que s'applique une considération de ce genre: si l'on mettait de côté l'art. 91 du décret de 1810, il-resterait l'art. 293, C. I. C., et il suffirait.

L'art. 91 du décret a un autre tort que celui de n'être pas indispensable; en ajoutant au Code d'instruction criminelle, il en altère l'esprit: « La loi, dit M. Faustin Hélie<sup>1</sup>, charge à deux reprises, par les art. 266 et 293, le président des assises de procéder lui-même à l'interrogatoire. Il est utile, en effet, que le magistrat qui doit présider les assises connaisse à l'avance les accusés, leur situation, leur physionomie, qu'il écoute leurs moyens de défense, et qu'il puisse apprécier la nécessité de procéder à une information supplémentaire. Cette formalité, nous l'avons déjà dit, n'est pas seulement destinée à veiller aux intérêts de la défense, elle a également pour objet de préparer

<sup>1</sup> N° 3355, t. VII, p. 420.

le débat oral, de signaler les omissions de la procédure écrite. Or, cette mission légale ne peut être remplie que par le président lui-même ; déjà initié à l'étude des procédures, lui seul peut la diriger en vue du débat, en vue de la découverte de la vérité ; confiée à un autre magistrat, elle devient vaine et stérile, ce magistrat étranger à l'affaire se borne à donner à l'accusé les avertissements prescrits par la loi, il ne l'interroge pas ; il obéit aux prescriptions matérielles de la loi, il constate l'accomplissement de la formalité, il n'en tire aucune utilité pour l'instruction. — A la vérité, l'art. 293 porte que *l'accusé sera interrogé par le président des assises ou par le juge qu'il aura délégué* ; mais cette faculté de déléguer un juge, qui a eu pour objet de parer aux empêchements qui peuvent survenir, ne devrait être qu'une exception, et trop souvent peut-être elle est considérée dans la pratique comme une règle, la plupart des interrogatoires sont faits hors des chefs-lieux des Cours impériales par les présidents ou les juges des tribunaux. C'est là, nous le croyons, un véritable abus... »

L'abus n'est-il pas plus grand encore, lorsque le président des assises n'a même pas donné de délégation au magistrat qui interroge à sa place ?

2° Le pouvoir que le président du tribunal de première instance tiendrait du décret, double pouvoir, qui consiste, d'abord à interroger l'accusé, ensuite à commettre un juge pour procéder à l'interrogatoire, est subordonné par le décret lui-même à ces deux conditions, que le président des assises ne soit pas sur les lieux et qu'il n'y ait pas de juge par lui délégué. La délégation donnée par le président des assises ne permet pas d'appliquer l'art. 91. Dans l'espèce, il y avait une délégation ; il est vrai qu'elle était donnée au président du tribunal ; mais c'était en qualité de délégué qu'il devait agir, conformément à l'art. 293, C. I. C., non à l'art. 91 du décret de 1810. Or, tenant d'une délégation le droit d'interroger l'accusé, pouvait-il lui-même transmettre le droit qu'il avait reçu ? L'art. 91 étant écarté, restent les principes généraux qui ne permettent pas cette substitution d'un délégué à un autre par le fait de celui-ci : « Le

juge délégué, disait autrefois Jousse<sup>1</sup>, ne peut commettre ni subdéléguer un autre juge à sa place (ainsi jugé par arrêt du 9 avril 1701, qui a déclaré en pareil cas une procédure nulle). Ce qui, d'ailleurs, est une suite de cette maxime connue que *delegatus non potest delegare* (Farinaccius, qu. 77, n° 150). » Cette maxime n'est pas moins vraie dans notre droit actuel que dans l'ancien droit; elle doit recevoir son application, à moins d'une dérogation formelle dans la loi; on en trouve une, par exemple, dans l'art. 84, C. I. C.<sup>2</sup>.

3° S'il était admis que le président du tribunal, écartant la délégation pour exercer le pouvoir propre dont il était investi par le décret de 1810, eût lui-même, dans l'espèce, le droit de commettre un juge, la commission pouvait-elle être donnée à un juge suppléant? Toutes les fois que la loi parle des juges, sous cette expression générale comprend-elle les juges suppléants? Il n'est pas possible de l'affirmer. Sans doute, l'art. 12 de la loi du 27 ventôse an VIII porte : « Les suppléants n'auront point de fonctions habituelles; ils seront uniquement nommés pour remplacer momentanément, selon l'ordre de leur nomination, soit les juges, soit les commissaires du gouvernement. » Mais, dans cet article, le législateur n'a pensé qu'à la fonction ordinaire, essentielle des juges, à celle qui consiste à juger. La preuve, c'est qu'il a fallu des dispositions nouvelles et formelles pour étendre aux juges suppléants d'autres attributions conférées aux juges. L'ancien article 58, C. I. C., portait que le juge d'instruction serait « choisi par S. M. parmi les juges du tribunal civil. » Le décret du 1<sup>er</sup> mars 1852 porta que, « à l'avenir, les fonctions de juge d'instruction pourraient être conférées aux juges suppléants près les tribunaux de première instance. » La légalité de ce décret ayant été contestée, la Cour de Paris répondait, le 11

<sup>1</sup> Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, part. III, liv. III, tit. II, art. XII, § 4; t. III, p. 155.

<sup>2</sup> M. Nougulier (*La Cour d'assises*, n° 237, t. I, p. 208) montre très-bien qu'il ne peut en principe être fait de subdélégation : « La délégation engage directement la responsabilité de celui de qui elle émane. Autoriser, après le choix qu'il a fait, un choix dans lequel il n'est pour rien, c'est déplacer cette responsabilité et la faire porter sur un magistrat n'ayant point de fonctions personnelles dans la procédure intermédiaire. »

juin 1853<sup>1</sup>, « que ce décret a force de loi, parce qu'il émane du président de la République, en vertu de l'art. 58 de la Constitution du 14 janvier 1852. » La disposition se trouve maintenant dans l'art. 56, C. I. C., modifié par la loi du 17 juillet 1856. Une loi n'eût-elle pas été également nécessaire pour permettre au suppléant de recevoir la délégation, qui, d'après l'art. 91 du décret de 1810, peut être donnée aux juges ? Doit-on regarder comme répondant au vœu de la loi, qui a prescrit un interrogatoire par le président des assises, la désignation, faite à l'insu de celui-ci, d'un juge suppléant, qui ne saurait être présumé offrir les mêmes garanties d'expérience et de lumières, placé au degré le moins élevé de la hiérarchie judiciaire ?

4° La Cour de cassation, dans l'arrêt du 17 novembre 1882, dit que le président, « en commettant un juge suppléant du siège en son remplacement, doit être présumé avoir été empêché d'y procéder lui-même. » A la rigueur elle pouvait se dispenser d'établir cette présomption ; l'art. 91 du décret de 1810 porte : « Il sera procédé à l'interrogatoire par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qu'il aura commis à cet effet, » et par conséquent il ne subordonne pas la commission du juge à l'existence et à la constatation d'un empêchement mettant obstacle à ce que le président interroge lui-même.

Ce considérant, qu'il n'était pas indispensable d'insérer dans l'arrêt, nous amène à une question générale : quand la loi, après avoir investi une personne, un fonctionnaire, un magistrat d'une attribution, prévoit le cas où il sera empêché et charge une autre personne, un autre fonctionnaire, un autre magistrat de l'exercer à sa place, l'empêchement sera-t-il présumé de droit, toutes les fois que ce dernier exercera l'attribution ? Est-il, au contraire, nécessaire d'exprimer, soit, en termes généraux, qu'il y a un empêchement, soit, d'une manière particulière et précise, qu'il y a tel empêchement ?

C'est évidemment la première de ces deux idées que consacre l'arrêt du 17 novembre 1882<sup>2</sup> ; dès que le président commet un juge, il doit être présumé avoir été empêché de procéder lui-même à l'interrogatoire.

<sup>1</sup> D. P. 1853. 5. 276.

<sup>2</sup> Cf. M. Nouguier, *l. cit.*, n° 241, p. 212.



Nous ne rappellerons pas tous les cas où elle est encore adoptée d'une manière constante par la jurisprudence; nous en indiquerons seulement quelques-uns.

L'art. 263, C. I. C., détermine la manière dont il est pourvu au remplacement du président de la Cour d'assises, qui « se trouve dans l'impossibilité de remplir ses fonctions. » Or, la Cour de cassation, dès 1829 (31 décembre), décidait que, « si le président de la Cour de justice criminelle (de Corse) s'était abstenu, il y avait *présomption légale* qu'il avait été légitimement empêché. »

L'art. 264, C. I. C., pourvoit au remplacement des assesseurs : « Les juges de la Cour d'appel seront, en cas d'absence ou de tout autre empêchement, remplacés par d'autres juges de la même Cour... » et la jurisprudence, étendant une règle posée par l'article 49 du décret du 30 mars 1808 pour les tribunaux de première instance, veut que le remplacement se fasse, autant que possible, dans l'ordre des nominations; mais, « lorsqu'il y a interversion! de cet ordre pour la composition de la Cour d'assises, il y a *présomption légale* que les juges plus anciens ont été légitimement empêchés, » dit la Cour de cassation dans un arrêt du 11 novembre 1841, et elle a bien souvent depuis lors appliqué la même doctrine, parlant, tantôt de présomption seulement, et tantôt de présomption légale; dans un arrêt du 29 juillet 1865, elle est allée jusqu'à dire que « cette présomption légale ne peut être détruite par aucun fait contraire. »

La jurisprudence s'est avancée plus loin encore dans la même voie; l'art. 14, C. I. C., porte : « Dans les communes où il n'y a qu'un commissaire de police, s'il se trouve légitimement empêché, le maire, ou, au défaut de celui-ci, l'adjoint du maire, le remplacera, tant que durera l'empêchement. » Il eût été difficile d'employer des expressions plus nettes pour marquer le caractère subsidiaire de l'attribution conférée au maire et à l'adjoint, il faut que le commissaire de police soit empêché, que l'empêchement soit légitime, et l'attribution ne durera qu'autant que l'empêchement. Toutes ces conditions ou restrictions disparaissent devant la jurisprudence, celle-ci reconnaît au maire et à l'adjoint un droit égal à celui du commissaire de police présent, et,

si sa doctrine est critiquée par M. F. Hélie<sup>1</sup>, elle est adoptée par M. Dalloz<sup>2</sup>.

Le remplacement des juges dans les tribunaux de première instance est ainsi réglé par le décret du 30 mars 1808, art. 49 : « En cas d'empêchement d'un juge, il sera, pour compléter le nombre indispensable, remplacé par un juge d'une autre chambre qui ne tiendrait pas audience dans le même temps, ou par des juges-suppléants, en observant, dans tous les cas et autant que faire se pourra, l'ordre des nominations. A défaut de suppléants, on appellera un avocat attaché au barreau et, à son défaut, un avoué, en suivant aussi l'ordre du tableau. »

Notre savant collègue, M. Garsonnet, expose très bien les deux interprétations différentes que la jurisprudence donne aux deux paragraphes de l'article et les raisons de la différence : « Quand un tribunal se complète par l'adjonction d'un juge disponible emprunté à une autre chambre ou d'un juge suppléant, le magistrat appelé en remplacement a la même qualité que celui qu'il remplace ; il y a donc présomption, jusqu'à preuve contraire, que ce dernier n'a pu siéger et que son remplaçant était le plus ancien des magistrats disponibles ; aussi, n'est-il pas nécessaire que le jugement fasse mention de l'empêchement de l'un et de l'ancienneté de l'autre. Il en est autrement si le tribunal se complète par l'adjonction d'un avocat ou d'un avoué : ces personnes sont étrangères au tribunal et, par conséquent, le jugement est nul s'il n'indique pas que l'empêchement d'un juge titulaire ou suppléant a fait appeler un avocat, que l'avocat ou l'avoué désigné était le plus ancien de ceux qui se trouvaient à l'audience<sup>3</sup>. »

Ainsi, il est des cas où l'empêchement sera présumé et d'autres où il ne le sera pas ; il y en a où la présomption au moins est nécessaire pour que des attributions conférées par la loi à titre subsidiaire soient exercées, et il y en a où l'on ne croit même pas avoir besoin de poser la présomption pour faire exercer concurremment les attributions à ceux qui sont appelés par la loi en première ligne et à ceux qui devaient, d'après ses termes formels,

<sup>1</sup> *Traité de l'instruction criminelle*, n° 1178, t. III, p. 83.

<sup>2</sup> *V° Instruction criminelle*, n° 284.

<sup>3</sup> *Cours de procédure*, t. I, p. 118.

remplacer seulement ceux-ci. C'est à la première de ces distinctions que nous nous attachons.

Il faut reconnaître qu'elle n'est pas exprimée dans la loi. Comment la justifier? Le *criterium* adopté par la jurisprudence pour l'application de l'art. 49 du décret du 30 mars 1808 peut-il se justifier? peut-il et doit-il être généralisé?

Nous ne contestons pas qu'il ne soit plausible; est-il décisif? Il lui manque en tout cas la consécration de la loi; l'art. 49 ne fait nulle différence entre les deux catégories de personnes qu'il appelle à prendre la place des juges empêchés; il établit, au contraire, un rapprochement, au moins sur un point, quand il dit: « En suivant aussi l'ordre du tableau; » le rédacteur n'a pas songé à une distinction dont l'effet pratique est de soustraire les juges des autres chambres et les juges suppléants à l'obligation de suivre l'ordre du tableau, obligation à laquelle le premier paragraphe les astreignait.

Que l'empêchement doive être constaté dans l'hypothèse prévue au second paragraphe, nous le reconnaissons; pourquoi ne le serait-il pas dans celle du premier? « Le magistrat appelé en remplacement a la même qualité que celui qu'il remplace. » C'est une raison pour l'appeler, et pour l'appeler avant tout autre. Mais cette vocation est subordonnée au cas d'un empêchement. Que l'on ajoute foi au tribunal qui constate cet empêchement, et qu'on ne lui demande pas de dire lequel, nous l'admettons encore, surtout quand c'est le cas d'un empêchement qui est prévu et non pas celui d'un empêchement légitime. Mais qu'il y ait une constatation, dans des termes si généraux qu'on la suppose; les justiciables peuvent croire que la composition du tribunal n'est pas conforme à la loi; qui dira que dans aucun cas cette supposition ne sera exacte? Une présomption fondée sur une préterition ne saurait offrir la même garantie qu'une déclaration formelle.

Le *criterium*. peut-il, en tout cas, être généralisé de manière à s'appliquer dans le cas dont nous nous occupons? Ce ne sont pas les termes de la loi qui s'y opposent, puisqu'il n'est pas dans la loi. Mais comment définir cette identité de qualité entre les magistrats appelés à se remplacer l'un l'autre? Le juge-suppléant

a-t-il donc la même qualité que le président du tribunal, et cela quand il s'agit, non plus de participer à un jugement rendu par le tribunal, mais d'exercer une attribution conférée spécialement au président? Cette attribution, c'est à un magistrat de la Cour d'appel qu'elle appartient au premier chef et en propre, il est bien difficile de considérer le conseiller et le juge-suppléant comme ayant « la même qualité, » surtout en matière de grand criminel, et à propos des plus hautes fonctions à l'exercice desquelles puisse donner lieu cette matière.

5) Le magistrat, autre que le président du tribunal, qui à défaut du président des assises, interroge l'accusé dans la maison de justice, a-t-il besoin d'une délégation formelle?

En posant la question, nous écartons le président du tribunal civil; nous mettons hors de cause l'attribution qui lui est directement conférée par l'art. 9 du décret de 1840.

Une jurisprudence constante admet « que le juge qui a interrogé l'accusé au moment de son arrivée dans la maison de justice est *légalement présumé* avoir reçu une délégation, soit du président des assises, soit du président du tribunal. » L'arrêt du 14 février 1850, Cour de cassation, chambre criminelle, auquel nous empruntons cette phrase, ajoute : « Que, d'ailleurs, dans l'espèce, le juge qui a procédé à l'interrogatoire a suffisamment énoncé cette délégation qu'il agissait par empêchement de qui de droit. » Il semblera étrange de regarder la déclaration d'un empêchement comme l'énonciation suffisante d'une délégation; constater une circonstance qui rend une délégation nécessaire, ce n'est pas énoncer une délégation; tout au plus pourrait-on tirer de cette constatation une présomption en ce sens, mais encore ne serait-ce qu'une présomption de l'homme <sup>1</sup>.

Que penser de la *présomption légale*, admise par une jurisprudence constante? Le texte de la loi fait encore défaut, ou plutôt n'est-ce pas en sens contraire qu'il doit être interprété? Le pouvoir d'interroger l'accusé appartient au président des assises,

<sup>1</sup> D. A., v<sup>o</sup> *Instruction criminelle*, n<sup>o</sup> 1257 : « M. Cubain, *Traité de la procédure devant les Cours d'assises*, n<sup>o</sup> 310, pense, mais à tort, que ces décisions ajoutent arbitrairement à la loi. » L'opinion de M. Cubain nous semble, au contraire, parfaitement juste.

qui peut le déléguer ; la règle est évidemment, dans la pensée du législateur, que l'interrogatoire soit fait par le président, la délégation ne saurait être que l'exception ; l'exception ne devrait-elle pas être prouvée, si l'on s'en tenait aux principes généraux en matière de preuve ? Il s'agit d'une attribution importante et l'on comprend très-bien qu'un choix individuel garantisse chez celui qui l'exercera l'existence de certaines qualités nécessaires pour la remplir ; le président qui n'interrogera pas engagera du moins sa responsabilité morale par la désignation expresse du magistrat qui tiendra sa place. Tel est le système qui ressort naturellement de l'art. 293.

Cette expression même de *présomption légale*, employée par la jurisprudence, tantôt à propos de l'empêchement qui donne lieu au remplacement d'un magistrat, tantôt à propos de la délégation prévue par l'art. 293, a de quoi surprendre : « La présomption légale, dit l'art. 1350, C. civ., est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits. » L'idée d'une présomption légale qui n'est pas dans la loi ne s'accorde guère avec le texte de cet article, qui doit régir les matières criminelles comme les matières civiles, ni avec le sens naturel des mots, dont l'empire n'est pas moins général.

Il y a un certain nombre d'arrêts qui parlent de *présomption* et qui n'ajoutent point *légale* ; serait-ce une présomption de l'homme qu'ils admettaient ? mais les faits connus dont-ils tirent une conséquence ne sont pas des faits contingents, des circonstances spéciales à chaque cause : ce sont, au contraire, des faits permanents et légaux, c'est la qualité officielle du magistrat qui remplace le juge à l'audience, le président des assises dans la maison de justice, ce sont les garanties que suppose cette qualité ; voilà bien les éléments qui peuvent servir, non à une présomption de l'homme, mais à une présomption légale ; encore faut-il que le législateur en déduise la conséquence que lui seul a le droit d'en déduire.

La jurisprudence établissant des présomptions légales rappelle le préteur romain. Nous sommes prêt, d'ailleurs, à reconnaître que l'utilité explique la plupart des décisions dont nous nous sommes occupé, sans pouvoir admettre qu'elles soient conformes à la loi.

6) Le président du tribunal peut-il être remplacé par le vice-président, quant il s'agit de l'attribution qui lui est conférée par l'art. 94 du décret du 6 juillet 1810 ?

Un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, en date du 24 décembre 1882, porte : « Attendu, en fait, que les procès-verbaux des interrogatoires subis par les demandeurs constatent expressément l'empêchement du président du tribunal de première instance d'Oran, qui avait été délégué par le président des assises; que, par suite de cet empêchement, c'était au remplaçant légal du président du tribunal, c'est-à-dire, au vice-président qu'il appartenait de procéder aux interrogatoires dont il s'agit. »

Nous ne rechercherons plus si la délégation expresse, donnée par le président des assises en vertu de l'art. 293, C. I. C., ne rend pas inapplicable l'art. 94 du décret du 6 juillet 1810.

La pensée du législateur qui a institué un vice-président ne semble pas douteuse; le nom même indique un magistrat chargé de remplir les fonctions du président, à défaut de celui-ci.

2. C. I. C., art. 637, 638 et 643. Prescription de l'action publique. Courtes prescriptions; interruption.

Quand les courtes prescriptions établies par les lois spéciales, ont été interrompues par des actes d'instruction ou de poursuites recommencent-elles à courir après le dernier de ces actes, ou faut-il appliquer les délais ordinaires, ceux qui sont indiqués dans les art. 637 et 638, C. I. C. ?

La Cour de cassation, persévérant dans une jurisprudence à laquelle toutes les Cours d'appel ne se sont pas encore ralliées, a de nouveau adopté cette dernière doctrine par un arrêt du 13 avril 1883, à propos d'un délit de chasse : « Attendu que l'art. 29 de la loi du 3 mai 1844 est ainsi conçu : — Toute action relative aux délits prévus par la présente loi sera prescrite par le laps de trois mois à compter du jour du délit; — Que cet article ne dispose que pour le cas où l'action n'a pas été intentée dans le délai prescrit et ne s'applique pas à celui où, l'action ayant été exercée, la poursuite a été suspendue pendant un temps plus ou moins long; — Attendu que les art. 637 et 638, C. I. C., contiennent deux dispositions distinctes, l'une, relative au cas où

il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite dans le délai qu'elle détermine; l'autre relative à celui où, des actes d'instruction ou de poursuite ayant eu lieu dans ce délai, l'exercice de l'action a été suspendu pendant un certain temps : que ces deux dispositions sont indépendantes l'une de l'autre; que l'une fait courir la prescription à compter du jour où le crime ou le délit a été commis, l'autre à compter du dernier acte d'instruction ou de poursuite, que l'art. 643 du même Code déclare expressément que ces dispositions ne dérogent point aux lois particulières relatives à la prescription de certains délits ou de certaines contraventions; qu'enfin il ne résulte ni de la loi du 3 mai 1844, ni d'aucune autre loi applicable aux actions pour délit de chasse, que ces actions, lorsqu'elles ont été intentées dans le délai prescrit, puissent être déclarées éteintes et prescrites, parce qu'il se serait écoulé plus de trois mois sans poursuite depuis l'introduction de l'instance. »

La question tranchée une fois de plus par l'arrêt du 13 avril 1883 n'est pas spéciale aux délits de chasse; elle est commune à toutes les infractions prévues par les lois particulières qui ont abrégé les délais de la prescription sans régler les effets de l'interruption.

L'argument capital contenu dans l'arrêt et applicable à tous les cas dont nous venons de parler consiste à dire qu'il y a, dans l'art. 638, deux dispositions « indépendantes l'une de l'autre, » et que le législateur ne doit pas être considéré comme ayant dérogé à la seconde parcequ'il a dérogé à la première.

Après le dernier des actes d'instruction ou de poursuite, dix ans sont encore donnés à l'action publique en matière criminelle, trois ans en matière correctionnelle; c'est parce que les délais de dix et de trois ans étaient déjà établis pour la prescription qui pouvait se produire à partir du crime ou du délit commis: « S'il y a eu poursuite sans jugement, disait M. Réal, dans l'*Exposé des motifs* du liv. II, tit. VII, C. I. C., le délai pour la prescription courra à compter du dernier acte. » C'est bien, on le voit, du même délai qu'il s'agit. La Cour de cassation s'est mise en contradiction avec ce passage, quand elle s'est exprimée ainsi, le 17 mars 1866: « La seconde disposition ne se borne pas à dire, en changeant seulement le point de départ, que la durée de la

prescription sera la même que celle réglée par la première; elle précise, au contraire, expressément cette durée de manière qu'elle puisse être appliquée même aux faits délictueux pour lesquels il a été établi par des lois spéciales, dans le cas où l'action n'a pas été intentée, des prescriptions particulières, que le législateur ne perd pas de vue puisqu'il les rappelle dans l'article 643; il suit de là, que si, de fait, la durée de la prescription est la même, d'après les deux dispositions des art. 637 et 638, cette égalité n'est pas proclamée en principe. » La vérité nous paraît être que, si la durée de la prescription est la même, c'est parce que l'égalité a été, non proclamée sans doute, mais admise en principe. Dès lors, quand le délai fixé pour la première hypothèse est changé, comment la modification ne s'appliquerait-elle pas à la seconde?

Il ne semble pas douteux que la pensée du législateur, quand elle s'est portée sur l'interruption de prescription en matière criminelle, ait toujours été d'ajouter à un premier délai un délai égal, quoique cette pensée ait été appliquée de deux manières différentes.

Notre ancien droit n'admettait guère l'interruption de prescription en matière criminelle: « Les auteurs conviennent, dit Dunod <sup>1</sup>, que, quoique le crime ait été poursuivi et qu'il y ait eu un décret, si ce décret n'a pas été exécuté, la prescription de vingt ans <sup>2</sup> n'est pas interrompue; mais plusieurs estiment que, quand le décret est exécuté dans les vingt ans, son exécution interrompt la prescription. »

L'Assemblée constituante pose, avec un délai beaucoup plus court, une règle générale en sens contraire; le Code pénal du 25 septembre 1791, après avoir soumis « l'action criminelle pour raison d'un crime » à une prescription de trois ans (1<sup>re</sup> partie, tit. VI, art. 1), ajoute (art. 2): « Quand il aura été commencé des poursuites à raison d'un crime, nul ne pourra être poursuivi pour raison dudit crime après six années révolues. » Les deux dispositions sont reproduites au Code du 3 brumaire an IV (art. 9

<sup>1</sup> *Traité des prescriptions*, part. II, ch. IX.

<sup>2</sup> C'est le délai de la prescription criminelle dans l'ancien droit, qui l'avait emprunté aux textes romains.



et 10), avec cette différence qu'il y est parlé de « poursuites, soit criminelles, soit civiles, à raison d'un délit (art. 10). » Les deux législations font courir les six ans, comme les trois ans, du jour où l'existence du fait coupable a été connue et légalement constatée.

Le Code d'Instruction criminelle établit trois prescriptions différentes pour les crimes, les délits et les contraventions. Nous n'avons à nous occuper ici que des deux premières; l'une est de dix ans, l'autre de trois; le point de départ est le crime ou le délit commis, mais seulement quand il n'y a pas eu d'acte d'instruction ou de poursuite. Y a-t-il eu des actes de cette nature: le dernier en date sert lui-même de point de départ à un délai nouveau de dix ou trois ans; l'instruction et la poursuite n'ont pas pour effet de porter au double le délai originaire; elles ont le vrai caractère des actes d'interruption en matière de prescription civile; elles effacent le passé, et, sans que les dix ou trois ans du premier délai aient été accomplis, un délai nouveau, égal à celui que la loi avait établi et qui n'a pas été épuisé, recommence à courir. Sous les différences d'application, l'identité de la pensée fondamentale apparaît <sup>1</sup>.

Dans certains cas, le législateur abrège la prescription; ses motifs perdent-ils leur force, quand il a été fait un acte d'instruction ou de poursuite? Nous ne le croyons pas.

L'un de ces motifs est qu'il est difficile de faire la preuve après un certain temps écoulé; l'autre, qu'un trop long intervalle entre le fait et le jugement rend la répression inutile ou même fâcheuse.

Il y a des faits dont la constatation doit être faite promptement ou devient impossible. Il est vrai que certains actes d'instruction peuvent conserver la preuve qui se fût perdue s'ils n'avaient pas eu lieu, par exemple, les procès-verbaux, les auditions de témoins, les interrogatoires. Mais, d'une part, cet

<sup>1</sup> M. Le Sellyer, *Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publique et privée*, n° 622, t. II, p. 272), réfute très bien l'argument tiré des art. 637 et 638: « Nous répondrons à ces objections que, si elles étaient admises, elles prouveraient plus que ne veulent ceux qui les présentent. Il en résulterait, en effet, non-seulement que les délais des prescriptions particulières ne doivent pas rester applicables lorsqu'il y a eu interruption, mais même que, dans le silence de la loi, on ne peut reconnaître aucune interruption pour les prescriptions particulières; or, personne ne soutient cette proposition. »

effet ne se produit pas toutes les fois qu'il est procédé à un acte d'instruction, surtout à un acte de poursuite; l'influence d'un mandat sur la preuve est nulle, et cela d'autant plus que le mandat peut avoir été décerné contre une personne autre celle qui est enfin citée à comparaître en justice. D'autre part, et alors même qu'il s'agit d'un de ces actes dont la nature est de fixer des constatations ou de recueillir des déclarations, il faut éviter de se mettre en contradiction avec l'esprit de la loi en leur attribuant au jour du jugement une importance excessive ou même exclusive; la loi a craint que les témoins n'oubliassent trop vite des circonstances qui n'avaient pas dû faire une impression profonde sur leur esprit; l'oubli sera peut-être moins à craindre de la part de ceux qui auront été interrogés dans l'instruction suspendue; mais si ceux qui ne l'auront pas été sont appelés devant le tribunal? N'y a-t-il pas un péril, même en ce qui concerne les premiers? ne sont-ils pas exposés à se rappeler beaucoup mieux ce qu'ils auront dit et signé que ce qu'ils auront vu ou entendu? La Cour de Paris dit très-bien « que, s'agissant, en matière de chasse, de faits souvent peu importants, dont les traces sont très-fugitives et dont les constatations sont faites par les procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire, il arriverait le plus souvent que le droit de faire cette preuve serait rendu illusoire par suite de l'impossibilité où l'on se trouverait le plus souvent de se rappeler le nom des personnes dont le témoignage pourrait être invoqué, et aussi dans la plupart des cas, de l'impossibilité, pour ces dernières, de témoigner, après un laps de temps aussi long de faits insignifiants pour eux et qui naturellement n'ont pas dû se fixer dans leur mémoire <sup>1</sup>. »

La Cour de cassation dit, il est vrai, dans un arrêt du 17 mars 1866, que les courtes prescriptions « ne sont pas fondées sur ce

<sup>1</sup> 26 juin 1880, *France judiciaire*, 1880-1881, 2<sup>e</sup> partie, p. 108. — « Il n'est pas possible de supposer qu'il (le législateur) ait voulu, une fois la poursuite commencée, revenir aux délais ordinaires et admettre une prescription plus longue précisément à une époque où le délit étant constaté et le coupable découvert, rien ne s'oppose à ce que la partie poursuivante obtienne une décision dans un délai très court ou tout au moins puisse conserver l'action par les actes d'instruction ou de poursuite. » (M. Brun de Villeret, *L. cit.*, n<sup>o</sup> 460).

que les traces des faits auxquels elles s'appliquent sont fugitives, et sur ce que le caractère rapide et léger de ces faits les rend insaisissables après un certain temps. » La preuve qu'elle donne, à l'appui de cette opinion, c'est que, « en matière forestière, la prescription est de trois mois, lorsque le fait est constaté par un procès-verbal qui désigne les prévenus, de six mois, lorsque le procès-verbal ne contient pas cette désignation, et de trois ans, lorsque le fait n'a pas été constaté, de sorte que la durée de la prescription grandit au fur et à mesure que les traces des faits deviennent plus insaisissables et plus faciles à dépérir; — mais que les prescriptions de courte durée sont établies parce que les faits auxquels elles s'appliquent peuvent être prouvés par les procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire; que, en pareil cas, nulle raison ne saurait justifier le retard apporté à l'introduction de l'action... » Ce dernier argument ne peut se soutenir; les courtes prescriptions ne sont pas subordonnées, au moins, en général, à la rédaction d'un procès-verbal; ne donnons qu'un exemple du contraire; la loi du 8 mai 1844, qui, dans l'art. 29, établit une prescription de trois mois, ne distingue nullement suivant que la preuve doit être faite par l'un des deux moyens indiqués dans l'art. 24 : « Les délits prévus par la présente loi seront prouvés, soit par procès-verbaux ou rapports, soit par témoins, à défaut de rapports ou procès-verbaux ou à leur appui. » La gradation relevée par l'arrêt pour les matières forestières, établie par la loi pour les cas où un procès-verbal a été dressé, soit avec, soit sans la désignation des délinquants, admise par les interprètes pour celui où il n'a pas été dressé de procès-verbal, s'explique par la nécessité de donner aux agents qui doivent faire des recherches un temps mesuré sur la difficulté de leur tâche; que le législateur tienn compte d'une telle nécessité, rien de plus naturel; mais la tâche dont il a lui-même à s'acquitter serait bien commode, s'il n'avait jamais à suivre qu'une seule idée; elle est en réalité plus malaisée et plus complexe. La gradation, d'ailleurs, au moins dans son ensemble, n'est pas, à proprement parler, l'œuvre du législateur; il n'a, en 1827, traité que de deux cas, offrant ce caractère commun, qu'un procès-verbal aurait été

dressé ; s'il a passé sous silence l'hypothèse dans laquelle il n'y aurait pas eu de procès-verbal, ce n'est pas avec l'intention de la soumettre au droit commun, tel qu'il résultait du Code d'instruction criminelle, c'est parce qu'il l'a considérée comme devant se présenter si rarement qu'elle pouvait être négligée ; il lui a semblé que le procès-verbal serait, en fait, le préliminaire et la condition inévitable de tout procès relatif à un délit forestier ; il ne devait guère se présenter de cas où il n'en serait pas fait, étant données, d'une part, l'organisation du personnel chargé des constatations, d'autre part, la nature des délits, qui laissent presque nécessairement des traces matérielles, facilement saisissables pour les sens. De ce que le législateur n'a point parlé d'un sujet, il ne faut pas se hâter de conclure qu'il y a pensé ; ce n'est pas un solide argument qu'on tire d'une conjecture fondée sur une omission.

Ce qui est vrai, c'est que le second des motifs qui ont fait admettre les courtes prescriptions est plus puissant encore que le premier ; quand un certain temps s'est écoulé depuis le fait commis, la condamnation devient inutile ; à quoi bon frapper celui dont la faute est complètement oubliée, prononcer un châtiement qui a cessé d'être un exemple ? M. Favard de Langlade, rapporteur à la Chambre des députés, en 1827, disait : « La prompte et sévère répression des délits est le moyen le plus efficace d'empêcher la destruction des bois. » M. Mestadier, rapporteur de la loi relative à la pêche fluviale, à la Chambre des députés, tenait, en 1829, un langage plus net encore : « La Commission, déterminée, d'ailleurs, par le désir de ne pas prolonger hors d'une juste mesure l'incertitude d'une répression, qui, pour être efficace, ne doit pas être différée... »

La répression ne devient pas seulement inutile, en devenant tardive ; elle présente des inconvénients, ou même des périls. Ce n'est peut-être qu'à des inconvénients qu'a pensé le législateur du 3 mai 1844, en établissant une prescription de trois mois : « L'inculpé ne peut, disait le rapporteur de la Chambre des députés, M. Lenoble, demeurer indéfiniment exposé à une poursuite. » C'est un danger véritable qu'a voulu prévenir le décret du 2 février 1852, relatif à l'élection des députés, dont l'art. 50

porte : « L'action publique et l'action civile seront prescrites après trois mois à partir du jour de la proclamation du résultat de l'élection. » C'est qu'il faut mettre un terme à l'agitation électorale, aux haines qu'elle laisse après elle et qui, dans certains pays, peuvent amener des événements déplorables; l'interruption permettra-t-elle de prolonger pendant trois ans à partir du jour où elle se sera produite un état politique et moral, qui a paru contraire à l'intérêt général, peut-être menaçant pour la sécurité publique? La considération était si puissante que la jurisprudence a été forcée de s'y rendre. La Cour de Lyon, dans un arrêt du 30 mars 1865 <sup>1</sup>, avait admis que l'action, en ce cas, « avait dû être régie après l'interruption de la prescription par le même délai prescrit pour son exercice originaire. » Elle ne trouvait qu'un argument à l'appui de sa doctrine dans les art. 637 et 638, ajoutant « qu'il ne saurait y avoir deux prescriptions différentes pour ces deux situations parfaitement identiques; — que si le législateur avait voulu qu'il en fût ainsi, il l'aurait exprimé dans des termes formels... — Que l'interruption d'une prescription spéciale ne saurait avoir pour effet d'en changer la nature... » Elle écartait les décisions contraires rendues à propos de matières spéciales, en observant qu'elles « se rattachaient à des matières toute différentes, et intéressant à un bien moindre degré l'ordre et la tranquillité publique. » Le 16 juin suivant, la Cour de cassation rejetait le pourvoi formé contre cet arrêt, mais sans abandonner sa thèse générale : « Attendu que ce décret (du 2 février 1852)... contient sur cette matière des dispositions empreintes d'un caractère si spécial et si exceptionnel que l'on ne peut et que l'on ne doit chercher que dans cette loi elle-même et dans l'esprit qui l'a inspirée les règles d'interprétation nécessaires pour statuer sur tout ce qui touche au sort de ces prescriptions. » D'après la Cour, la pensée du législateur, manifestée par l'établissement d'un délai de trois mois, appliqué même aux crimes, « s'est trop formellement exprimée pour qu'on puisse, sans violer tout à la fois l'esprit et le texte général de la loi, laisser le sort des prescriptions à la merci des parties intéressées qui pourraient, au moyen d'une simple interruption résultant

<sup>1</sup> D. P. 1865. 2. 204.

d'une assignation donnée, changer complètement la nature de la prescription... — Que la règle générale posée dans l'art. 50 du décret deviendrait dès lors une lettre morte <sup>4</sup>... »

Ainsi la Cour recule devant l'application de sa doctrine à cause de l'importance du sujet. Est-ce une marque de confiance dans la vérité des principes appliqués jusqu'alors à des matières de moindre importance? Le législateur prend au sérieux tous les cas dont il s'occupe; on ne saurait lui prêter l'intention d'admettre une théorie dont les résultats sont mauvais, toutes les fois que la gravité des inconvénients ne dépasse pas un certain point, pour la rejeter, quand, au-delà de ce point, le mal risque de devenir tout-à-fait intolérable. Les dispositions du décret, en ce qui touche la prescription, ne sont pas empreintes d'un caractère plus spécial et plus exceptionnel que celles de toutes les lois particulières qui ont abrégé les délais portés au Code d'instruction criminelle. Ce qui est vrai dans un cas l'est dans les autres. Une poursuite ne doit plus être intentée, une fois qu'elle est inutile ou même dangereuse.

Cette idée a été formellement exprimée dans la dernière loi sur la presse, celle du 29 juillet 1881, dont l'art. 65 est ainsi conçu : « L'action publique et l'action civile résultant des crimes, délits et contraventions prévus par la présente loi se prescriront par trois mois révolus, à compter du jour où ils auront été commis, et du jour du dernier acte de poursuite, s'il en a été fait. »

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 mars 1866 explique d'une manière particulière et l'abréviation des délais et les conséquences qu'il attribue à l'interruption : « Si elle (l'action) n'a pas été intentée dans le délai prescrit de la loi spéciale, il y a présomption que le fait est sans gravité, que la société n'est pas intéressée à ce qu'il soit réprimé et qu'elle pardonne au coupable; lorsque l'action a été suivie dans le délai, la présomption disparaît, la poursuite prouve, au contraire, et la gravité du fait, et l'intérêt de la société à le faire punir, et l'absence du pardon. » Cette théorie revient à distinguer deux classes de faits parmi ceux que prévoit une loi particulière, les uns sans gravité, les autres graves; la prescription spéciale est faite pour les premiers, non pour les seconds :

<sup>4</sup> La même doctrine est implicitement consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 3 juillet 1880.

la loi particulière, en l'établissant, a fourni, sans le dire, un moyen de l'é luder en ce qui concerne ceux-ci. Mais quelle est la loi où l'on peut trouver un fondement pour une telle théorie? La prescription est applicable à tous les faits qui rentrent dans la loi particulière. Ce n'est pas toujours à cause du plus ou moins de gravité quela pour snite a lieu ou n'a pas lieu dans le délai; que d'autres causes peuvent expliquer l'inaction? L'ignorance prolongée du fait ou de certaines circoonstances, la négligence de ceux qui auraient pu le connaître ou qui auraient dû le faire connaître à autrui, certaines complaisances. Ceux qui sont chargés d'instruire ou de poursuivre ont-ils donc reçu le droit de pardonner au nom de la société? Quand on dit que la société pardonne, on sait bien que ce n'est pas un être abstrait, sans vie, sans volonté qui agit de telle ou telle manière; il faut que ce soient les autorités instituées afin de la représenter, mais de la représenter pour exercer l'action publique, non pour y renoncer, pour faire une instruction, non pour y mettre obstacle. Encore ne s'agit-il pas seulement du juge d'instruction et du procureur de la République; les procès-verbaux sont certainement au nombre des actes interruptifs; les agents qui ont à les dresser sont-ils capables en fait, sont-ils libres en droit d'apprécier la gravité plus ou moins grande d'un cas déterminé, de faire ou de ne pas faire leurs constatations? Ont-ils, eux aussi, le droit de pardonner au nom de la société?

M. Mangin<sup>1</sup>, qui adopte la jurisprudence de la Cour de cassation, la défend par un argument que celle-ci n'a pas cru devoir s'approprier, ce qui semble montrer qu'elle ne l'a pas trouvé bien solide: « Il est de principe, dit-il, que toutes les fois qu'une action est portée devant le juge, elle devient perpétuelle en ce sens qu'elle ne s'éteint plus que par la prescription ordinaire, quelque courte que fût d'ailleurs celle dont elle était passible, avant qu'elle eût été formée; ce principe résulte de la maxime: *Omnes actiones quæ tempore perunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent* (L. 139, ff., *De regulis juris*), maxime généralement reçue en France. » Mais que peut faire ici une maxime originaire de Rome, détournée de son sens primitif, pour être

<sup>1</sup> L. cit., n° 358.

déclarée applicable en France, où elle n'est passée dans aucun texte de loi? D'ailleurs peut-on dire « qu'une action est portée devant le juge, » parce qu'il y a eu un acte d'instruction ou de poursuite? Le juge d'instruction « est, dit encore M. Mangin, investi d'une juridiction. » Mais y a-t-il le moindre rapprochement à faire entre une juridiction ainsi entendue et le *judicium* dont il est fait mention à la loi 139, ff., *De regulis juris*? Les actes d'instruction et les actes de juridiction d'instruction ne doivent, d'ailleurs, pas être confondus. Quand le juge rend une ordonnance de renvoi ou de non-lieu, il fait acte de juridiction; il n'en est pas de même quand il interroge un prévenu ou entend un témoin. Les actes de poursuite, parmi lesquels il faut ranger les procès-verbaux des plus modestes agents, ne rentrent certainement pas dans l'expression de *jurisdiction*; tout au plus la maxime dont se prévaut M. Mangin pourrait-elle s'appliquer aux actes par lesquels les tribunaux criminels sont proprement saisis, ce qu'il indique lui-même; mais il faut alors introduire une distinction arbitraire dans l'application d'une règle arbitrairement posée<sup>1</sup>.

Un dernier argument pourrait être tiré de l'analogie qu'on serait tenté d'établir entre l'interruption qui atteint les courtes prescriptions en matière civile et celle qui s'y applique en matière criminelle. Nous ne pouvons faire mieux que de reproduire la réponse de notre savant collègue, M. Garraud : « Si l'acte interruptif des prescriptions particulières a quelquefois pour effet, en matière civile, de prolonger le temps de la prescription, c'est qu'il emporte *novation* et modifie le titre même du droit de celui contre qui courait la prescription. Mais nous ne comprenons pas comment un acte de poursuite ou d'instruction pourrait avoir pour résultat, en matière pénale, de changer de caractère de la prescription primitive et de lui substituer la prescription ordinaire<sup>2</sup>. » Là est en effet la raison de décider; le caractère de la prescription ne changeant pas, la durée doit rester la même<sup>3</sup>.

ALBERT DESJARDINS.

<sup>1</sup> V. M. Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, n° 1084, t. II, p. 710. — M. Brun de Villeret, *l. cit.*

<sup>2</sup> *Précis de droit criminel*, n° 821, p. 563.

<sup>3</sup> V. M. Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, 3<sup>e</sup> éd., n° 1345, t. II, p. 545.



## LES CODES FRANÇAIS AU JAPON

par M. F. LARNAUDE, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Depuis 1868, le Japon donne au monde civilisé un spectacle sans précédents. Fermé presque complètement jusqu'alors, sinon au commerce, du moins au mouvement d'idées de l'Europe et de l'Amérique, il s'est, depuis la révolution mémorable de 1868, jeté tête baissée dans le courant de la civilisation moderne. Voulant sans doute regagner le temps perdu, les Japonais se hâtent d'abandonner les institutions et les mœurs qui étaient le fruit de leur développement historique, pour adopter celles de l'Europe et de l'Amérique. Ce mouvement, d'autant plus remarquable qu'il est purement spontané, et qui est en contradiction avec les idées généralement reçues sur les lois du développement des peuples, aboutira-t-il à un résultat profitable pour le Japon ? Il serait peut-être téméraire de vouloir résoudre, dès aujourd'hui, cette question. L'expérience commencée en 1868 se poursuit ; il faudra encore de longues années pour qu'on puisse apprécier en connaissance de cause la valeur de ses résultats.

Toutefois, il est intéressant de noter dès aujourd'hui dans quel sens se dirigent les efforts du Japon. Et à ce point de vue, il est certainement flatteur pour la France de voir que c'est notre législation qu'il entend prendre comme modèle. Voulant entreprendre une refonte complète et radicale de leur droit, les Japonais ont choisi la législation française pour la substituer à celle qui les avait régis jusqu'à présent.

C'est cette partie de la réforme qu'il sera peut-être le plus difficile de mener à bonne fin. Tant qu'il ne s'agit d'emprunter à l'Europe ou à l'Amérique que leurs télégraphes, leurs chemins de fer, etc., on peut encore comprendre que la réussite vienne couronner les efforts courageux et hardis du gouvernement du mikado. Mais la tâche me semble bien plus délicate, bien plus difficile pour ce qui touche à la réforme de la législation. Ici le gouvernement japonais s'attaque à ce qu'il y a de plus personnel et de plus vivace dans un pays. Le droit, on l'a dit bien souvent, c'est le produit nécessaire et fatal des conditions sociales, économiques, politiques dans lesquelles vivent et se développent les peuples. Comme la langue,

le droit est ce qu'il y a de plus persistant et de plus national. Il est vrai que le gouvernement du mikado a été jusqu'à songer sérieusement à substituer à la langue du pays la langue anglaise ! Ce projet a été abandonné, mais la refonte de la législation est commencée depuis plusieurs années et déjà assez avancée. Deux Codes ont été promulgués, c'est le *Code de procédure criminelle* et le *Code pénal*. Le *Code civil* est à l'étude. C'est du Code d'instruction criminelle et de la partie du Code civil publiée jusqu'à ce jour que nous voudrions entretenir les lecteurs de la *Revue critique*.

Nous disions plus haut que c'est la législation française que les Japonais prennent comme modèle. Ils ont choisi pour la leur faire connaître un professeur de droit français, M. Boissonadé, agrégé à la Faculté de Droit de Paris, qui se trouve ainsi remplir la tâche la plus enviable pour un juriste, celle de législateur. Notre intention n'est pas de faire un compte-rendu complet des deux volumes parus jusqu'à présent de son travail et qui comprennent le projet de Code de procédure criminelle et une partie du projet du Code civil<sup>1</sup>. Plusieurs numéros de la *Revue* n'y suffiraient pas. Nous nous contenterons simplement d'appeler l'attention sur les plus importantes des innovations que ces projets de Codes réalisent par rapport aux Codes similaires français.

Ce ne sont pas d'ailleurs seulement des textes que publie M. Boissonadé. Il les accompagne d'un commentaire étendu où se déploient ses rares qualités de juriste et de professeur. S'adressant à des étrangers pour qui le droit français est complètement inconnu, il devait surtout être clair et élémentaire. Il y a pleinement réussi, sans que ces qualités aient jamais empêché ses développements d'être complets et approfondis quand la matière l'exigeait. C'est ce que nous allons voir, du reste, en parcourant les deux volumes dont nous avons à rendre compte.

## I.

### LE CODE DE PROCÉDURE CRIMINELLE<sup>2</sup>.

C'est le *projet* que nous donne M. Boissonadé, et cependant

<sup>1</sup> Ces deux volumes ont été l'objet d'observations intéressantes de la part de M. Duverger à la Société de législation comparée. — V. *Bulletin de la société de législation comparée*, n° de juillet 1883, p. 489.

<sup>2</sup> *Projet de Code de procédure criminelle pour l'empire du Japon accom-*

le Code est promulgué. Mais en passant entre les mains des rédacteurs définitifs, le projet a subi de nombreuses mutilations. C'est le mot même de M. Boissonade. Le projet s'écartait souvent de son modèle le Code d'instruction criminelle français au point que M. Boissonade a pu écrire que « bien qu'il ait servi de base principale au gouvernement japonais, en réalité on aurait bien de la peine à retrouver dans ce projet plus de deux ou trois articles du Code français auxquels il n'ait pas été apporté de notables changements. » Dans la rédaction définitive, on a fait disparaître un assez grand nombre des innovations qui avaient été inspirées à M. Boissonade par les travaux critiques dont notre Code d'instruction criminelle a été l'objet depuis sa promulgation et par l'examen de quelques Codes étrangers récents. On est presque toujours revenu au Code d'instruction criminelle français et quelquefois même on a trouvé certaines de ses dispositions trop hardies pour le Japon. Malgré ces changements, M. Boissonade a tenu à publier le projet et son commentaire tels qu'il les avait conçus, persuadé que tôt ou tard on adoptera les dispositions qui ont été écartées comme prématurées<sup>1</sup>.

Ce qu'il faut louer d'abord dans son travail, c'est l'ordonnance même des matières. Tous les développements s'y rangent sans effort sous les cinq livres suivants :

- 1<sup>o</sup> Organisation et compétence de répression ;
- 2<sup>o</sup> Recherche, poursuite, instruction des infractions ;
- 3<sup>o</sup> Jugement des infractions ;
- 4<sup>o</sup> Attributions de la Cour de cassation ;
- 5<sup>o</sup> Exécution des jugements, réhabilitation, grâce ;

Ces cinq livres sont précédés de *dispositions générales* où M. Boissonade a trouvé notamment l'occasion de donner aux

pagé d'un commentaire par M. G. Boissonade, 1 vol. Tokio 1882, XV<sup>e</sup> année de Meiji. — Sur le projet de Code de procédure criminelle il faut lire une communication que M. Desjardins, professeur à la Faculté de droit de Paris, a faite à la Société de législation comparée dans la séance du 10 mars 1880 ; c'est une étude aussi complète que possible et qui renferme une comparaison constante entre le Code d'instruction criminelle français et le projet de Code de procédure criminelle du Japon. — V. *Bulletin de la société de législation comparée*, t. IX, 1879-1880, p. 247 et suiv.

<sup>1</sup> Les articles supprimés dans la rédaction définitive sont accompagnés d'un zéro.

nombreuses questions que fait naître la maxime, « *Electa una via non datus recursus ad alteram* », des solutions nouvelles et font bien motivées <sup>1</sup>.

C'est aussi à propos de cette théorie générale de l'action publique et de l'action civile que se trouve tranchée une controverse célèbre qui s'élève dans notre droit sur le point de savoir si l'action civile peut survivre à l'action publique lorsque celle-ci est éteinte par la prescription. M. Boissonade décide, comme la jurisprudence française, que les deux actions sont éteintes en même temps, devant toutes les juridictions <sup>2</sup>. Il admet aussi les tempéraments que la jurisprudence est obligée d'apporter à sa doctrine <sup>3</sup>. S'il nous était permis de donner notre avis sur cette grosse question de législation pénale et civile à la fois, nous adopterions volontiers l'opinion contraire si brillamment soutenue par M. Bertauld dans ses *leçons de législation criminelle* <sup>4</sup>. La solution de la jurisprudence et de M. Boissonade sacrifie d'une manière si grave les intérêts privés au prétendu intérêt général de l'oubli de l'infraction que, en 1871, après les crimes de la Commune, l'Assemblée nationale a cru devoir faire une loi spéciale pour laisser la prescription de l'action civile sous l'empire des délais ordinaires <sup>5</sup>. Il faut bien le dire, on n'a jamais répondu d'une manière satisfaisante à cette objection du système qui nous paraît le meilleur en législation : Comment peut-il se faire qu'au point de vue de la prescription celui dont l'obligation a sa source dans un acte licite soit dans une plus mauvaise situation que celui dont l'obligation dérive d'un délit, d'un crime ?

Nous devons signaler enfin dans ces dispositions générales les articles qui concernent la notification des actes de procédure <sup>6</sup>. Il n'y a pas eu jusqu'à présent d'huissiers au Japon et M. Boissonade a eu l'heureuse idée de ne pas emprunter à la France cette aimable institution. Les notifications aux parties intéressées

<sup>1</sup> Art. 4 et suivants.

<sup>2</sup> Art 11 du projet de Code de procédure criminelle.

<sup>3</sup> Ces tempéraments n'ont pas été admis dans la rédaction définitive.

<sup>4</sup> Bertauld, *Leçon de législation criminelle*, 29<sup>e</sup> leçon, p. 625 et suiv.

<sup>5</sup> Loi du 12 mai 1871, art. 3.

<sup>6</sup> Art. 24 et suiv.

se font par l'intermédiaire du greffier qui emploie à cet effet un commis assermenté ou un employé spécial agissant sous sa responsabilité <sup>1</sup>. Souvent même une lettre suffit avec la précaution du chargement ou de la recommandation. Ici nous ne critiquons pas, au contraire, ce sont là d'excellentes réformes, très-pratiques, et que nous nous permettrons de signaler à la Commission qui a été récemment nommée en France pour préparer la réforme du Code de Procédure.

C'est dans le livre premier consacré à l'organisation et à la compétence des tribunaux de répression que se trouvent peut-être les dispositions les plus importantes du projet de Code de Pr. Cr. Mais c'est là aussi que les mutilations ont été les plus nombreuses.

M. Boissonade proposait aux Japonais une institution dont nous faisons déjà depuis longtemps l'expérience, l'institution du jury criminel <sup>2</sup>. La rédaction définitive l'a écarté du texte officiel. La pays où le harakiri était encore en honneur en 1868, n'a pas voulu essayer encore d'une des institutions les plus admirées et aussi les plus critiquées de l'Europe et de l'Amérique. En cela on a peut-être fait acte de prudence, le Japon n'étant pas encore suffisamment préparé sans doute à une importation d'un libéralisme aussi caractérisé.

On n'a pas accepté non plus les dispositions très libérales du projet de M. Boissonade sur la mise en accusation des magistrats japonais <sup>3</sup>. Il en a été de même de certaines attributions très importantes que M. Boissonade attribuait à la Haute Cour. Cette Haute Cour, destinée à juger certains personnages haut placés, avait, d'après le projet, le droit d'évoquer une affaire de sa compétence lorsqu'elle n'était pas convoquée. Ce droit lui a été retiré.

On a sacrifié aussi un autre droit d'évocation que le projet accordait aux Cours d'appel pour le cas où, ayant connaissance d'une infraction à la loi pénale elles constataient que le ministère public ne poursuivait pas, ne mettait pas l'action publique en

<sup>1</sup> Art. 24 et suiv. et n° 58 du Commentaire.

<sup>2</sup> Art. 89 et suiv., 445 et suivants.

<sup>3</sup> Art. 99 et suivants.

inouvèment. Cette disposition, qui n'était que la reproduction de l'art. 11 de notre loi du 20 avril 1810, a été rejetée du texte définitif<sup>1</sup>.

Toutes ces décisions semblent se rattacher à cette idée que le ministère public, représentant direct et immédiat du pouvoir exécutif, doit avoir seul le droit de poursuivre en matière pénale. Ce n'est pas, d'ailleurs, au Japon seulement qu'il faut noter cette tendance. Il est assez piquant de constater que dans le projet de réforme du Code d'instruction criminelle voté par le Sénat, cet art. 11 de la loi du 20 avril 1810 a été aboli aussi, non sans soulever d'ailleurs de vives protestations<sup>2</sup>.

Du reste, le Japon est allé encore plus loin dans cette voie de la concentration des pouvoirs de poursuite dans les mains du ministère public. Le droit de citation directe consacré en matière correctionnelle par l'art. 64 de notre Code d'instruction criminelle n'a pas été admis au Japon. Ici M. Boissonade s'est trouvé d'accord avec la commission qui a rédigé le projet définitif<sup>3</sup>. Peut-être dans son commentaire ne justifie-t-il pas d'une manière bien satisfaisante le refus à la partie lésée de cette prérogative.

Pour en finir avec ce premier livre, signalons les très intéressants développements que donne M. Boissonade sur le ministère public<sup>4</sup>. Il était d'autant plus nécessaire d'insister sur cette partie du C. P. Cr., qu'il y a là pour le Japon une innovation complète. On remarquera aussi que le Code japonais s'écartant de son modèle n'attribue compétence qu'au tribunal du lieu où l'infraction a été commise<sup>5</sup>.

Je veux encore signaler dans le livre II, consacré à l'instruction, et qui contient une théorie très complète des mandats, une disposition qui montre le souci qu'a M. Boissonade de voir respectés et observés les nombreux changements que son Code apporte dans les mœurs judiciaires du Japon. Il est prescrit par

<sup>1</sup> Art. 292.

<sup>2</sup> V. Albert Desjardins, *Le juge d'instruction et le ministère public dans le nouveau Code d'instruction criminelle*. — Paris, 1883.

<sup>3</sup> Le droit de citation directe n'est admis qu'en matière de contraventions art. 376, 2°.

<sup>4</sup> Art. 122 et suiv.

<sup>5</sup> Art. 41.

l'art. 155 que dès qu'un individu est arrêté, il doit être mis à sa disposition deux exemplaires des nouveaux Code pénal et de procédure criminelle pour qu'il puisse voir si la loi est observée. J'imagine que notre Japonais trouvera cette lecture, au cas où elle lui sera accessible, assez peu intéressante. Peut-être, il est vrai, lui inspirera-t-elle de salutaires réflexions et trouvera-t-il dans le Code pénal un livre de morale à sa portée, Quoi qu'il en soit, on ne peut adresser de ce chef à M. Boissonade le reproche d'embarrasser l'instruction par les garanties données à l'accusé pendant qu'elle se poursuit. Sur ce point, qui préoccupe si vivement les législateurs européens, M. Boissonade n'a pas apporté de grandes modifications à ce Code de 1808 qu'un professeur éminent qualifiait naguère encore à ce point de vue spécial de « détestable <sup>1</sup>. » Il fait bien allusion dans une note aux garanties qui se trouvent dans le nouveau Code d'Instruction criminelle autrichien, à celles qui existent depuis longtemps en Angleterre, et au projet de réforme français. Mais pour le Japon il croit toutes ces innovations prématurées et s'en tient à l'innocente disposition que nous avons mentionnée, la remise d'un Code pénal et d'un Code de procédure criminelle à l'accusé : c'est là une réforme qui ne peut soulever dans aucun camp de bien vives controverses.

Une disposition plus libérale et plus importante du nouveau Code est celle qui n'attribue aux procès-verbaux donnés par les officiers de police judiciaire que la force probante attachée à un acte ordinaire <sup>2</sup>. La procédure périlleuse de l'inscription de faux n'est pas nécessaire pour la combattre, la preuve par témoins suffira. Il en est ainsi même pour les actes du juge d'instruction assisté de son greffier. M. Boissonade fait observer avec juste raison que l'officier public ne doit être considéré que comme un simple témoin que l'on peut toujours combattre sans l'accuser de faux témoignages <sup>3</sup>.

Terminons enfin ce compte rendu déjà bien long en signalant dans le livre III consacré au jugement des infractions l'introduc-

<sup>1</sup> V. Leveillé, *De la réforme du Code d'instruction criminelle*.—Paris, 1882.

<sup>2</sup> Art. 336, *in med.*

<sup>3</sup> V. p. 513 et 545 du commentaire.

tion de la publicité des audiences <sup>1</sup>, qui n'avait pas encore été admise au Japon pour les matières criminelles, et les développements et extensions notables qu'a subis notre Code d'instruction criminelle sur la matière des pourvois en révision. Notre Code, amendé par la loi du 9 janvier 1867, ne renferme que cinq articles sur cette difficile matière. M. Boissonade lui en a consacré vingt <sup>2</sup>. Il est vrai qu'à la rédaction définitive plus de la moitié ont été supprimés. Mais à lire attentivement et à comparer les deux textes, il semble bien que cette suppression ait eu pour but de rendre la révision aussi largement ouverte que possible. M. Boissonade avait cru devoir l'entourer de certaines restrictions qui ont été supprimées. Le législateur japonais a été bien inspiré en agissant ainsi ; les magistrats japonais sont peut-être encore moins infaillibles que les nôtres. Dans tous les cas, il a donné aux législateurs européens un excellent exemple en proclamant de la manière la plus large le droit à la rétractation des erreurs judiciaires. Le législateur français, notamment, s'est montré, je ne sais pourquoi, même en 1867, d'une réserve extrême sur l'admissibilité des demandes en révision. Il faudrait cependant en finir avec ce dogme de la quasi-infaillibilité des décisions judiciaires. Je comprends qu'en matière civile on se montre difficile et circonspect au sujet d'un droit pareil. Il n'a été, à ma connaissance, consacré nulle part. C'est qu'en matière civile la décision intervenue a fondé pour la partie gagnante une situation sur laquelle elle a le droit absolu de compter. Il y aurait plutôt inconvénient qu'avantage au point de vue social à laisser ainsi des situations acquises sous la menace d'un perpétuel remaniement. Mais il n'en est pas de même en matière criminelle. Lorsqu'un inculpé a été condamné à tort, l'intérêt le plus immédiat de la partie gagnante qui est la société, commande que cette erreur déplorable soit réparée. L'intérêt social se confond ici avec l'intérêt particulier. Personne n'a intérêt à perpétuer les conséquences d'une erreur de fait aussi malheureuse. On peut dire que la conscience publique est violemment troublée toutes les fois que l'on constate ou même que l'on soupçonne qu'une con-

<sup>1</sup> Art. 302.

<sup>2</sup> Art. 581 à 594 *ter*.



damnation n'a été obtenue que par suite d'une erreur pareille. La justice, d'ailleurs, ne fait que s'honorer en reconnaissant qu'elle s'est trompée.

Qu'il nous soit permis, en terminant ce compte rendu, d'exprimer un vœu : le Code de procédure criminelle du Japon est promulgué depuis le mois de juillet 1880<sup>1</sup>. Que M. Boissonade veuille bien nous renseigner sur les résultats de son application. Il y a là une enquête intéressante à entreprendre, et M. Boissonade est mieux à même que personne de la mener à bonne fin,

## II.

### LE PROJET DE CODE CIVIL<sup>2</sup>.

Avec le projet de Code civil, nous entrons à la suite de M. Boissonade dans un ordre d'idées absolument nouveau. Disons d'abord que ce nouveau volume ne renferme qu'un projet à la différence du volume précédent qui contient à la fois le projet primitif avec son commentaire et le texte définitif. Le Code civil que va se donner le Japon est une œuvre de longue haleine. Le volume actuel n'en renferme qu'une partie. Ce volume, le premier paru, ne commence pas, comme on pourrait le croire, par le commencement. Le livre premier qui contiendra l'état des personnes dans la société et dans la famille est encore en préparation. « C'est que, comme nous le dit M. Boissonade dans son introduction, cette partie du droit public et privé est fondée au Japon sur d'anciennes et fortes traditions et que, par suite, elle ne devra être codifiée qu'avec les plus grands ménagements pour les coutumes. » Ce sera certainement la partie la plus intéressante et, dans tous les cas, la plus japonaise de l'œuvre de M. Boissonade. Elle nous fera connaître les particularités du droit de ce peuple

<sup>1</sup> V. Boissonade nous apprend que depuis cette date, qui est aussi celle de la promulgation du nouveau Code pénal, il a paru plus de 100 commentaires en japonais sur les deux Codes criminels. Voilà une activité scientifique qui laisse loin derrière elle celle des pays les plus féconds en productions juridiques. Malheureusement M. Boissonade ajoute que ces commentaires sont dus « à des plumes plus zélées qu'expérimentées. »

<sup>2</sup> *Projet de Code civil pour l'empire du Japon* accompagné d'un commentaire par M. G. Boissonade. Tome I. Des droits réels. Tokio, XV<sup>e</sup> année de Meiji 1832.

de l'Extrême-Orient qui se distingue à l'encontre de son puissant voisin, le peuple chinois, par sa prodigieuse facilité à s'assimiler les usages européens. En attendant que M. Boissonade nous donne ce travail, il nous faut analyser les parties contenues dans le volume paru.

Il y avait d'abord une question de méthode à résoudre, et bien qu'il s'agisse d'une œuvre de codification, cette question a son importance. Dans quel ordre classer les nombreux matériaux que doit renfermer le Code civil? M. Boissonade s'est écarté sur ce point des deux Codes qui lui ont servi de modèles, le Code civil français et le Code civil italien. Il annonce qu'il s'occupera successivement :

- 1° Des personnes ;
- 2° Des biens (Droits réels et personnels) ;
- 3° Des manières d'acquérir les droits ;
- 4° Des garanties des créances (Cautionnement, solidarité, hypothèques) ;
- 5° Des preuves.

Voilà une division qui paraît simple et logique. Mais il s'en faut que M. Boissonade la suive à la lettre. Ainsi parlant des biens, et notamment des droits réels, il est bien obligé d'anticiper sur le livre III où il doit étudier la manière d'acquérir les droits, et d'exposer les théories de l'établissement des servitudes, de l'usufruit. Nous ne voudrions pas qu'on pût croire que nous l'en critiquons. Il fait une division logique et il s'en écarte : tant pis pour la logique, tant mieux pour son Code ! La logique abstraite ne donnera jamais que des résultats détestables dans le classement des matières de droit. Seulement nous voudrions faire remarquer que si toutes les divisions sont plus ou moins critiquables, plus ou moins imparfaites, on risque surtout de se faire adresser ce reproche lorsqu'on veut en faire une qui réponde à la fois aux exigences d'un recueil de textes et à celles toutes différentes d'un exposé doctrinal. Il me semble qu'il y a là deux ordres d'idées parfaitement distincts. Le législateur et le professeur ne peuvent pas procéder de la même manière. N'en déplaise à ceux qui ont divisé les études de droit civil en France en trois parties composées à peu près d'un même nombre de chiffres, depuis

l'art. 1<sup>er</sup> jusqu'à l'art. 2281 et dernier, ils ont ainsi imposé à tous ceux qui ont à enseigner le Code civil dans ces conditions un problème insoluble. Les rédacteurs du Code civil n'avaient pas à se préoccuper en le rédigeant du plus ou moins de difficulté de telle ou telle matière, de ses rapports plus ou moins immédiats avec telle autre; en un mot, ils ne faisaient pas une œuvre de pédagogie, et c'est une étrange idée que de leur avoir emprunté une méthode qui n'a jamais été dans leur esprit une méthode d'enseignement. Mais pourquoi cette digression à propos du livre de M. Boissonade? Par la raison bien simple que M. Boissonade tombe, me semble-t-il, dans le même travers. Il fait un Code et aussi, et surtout, il explique ce Code, il le commente pour des Japonais. Ceux à qui s'adresse son livre sont au moins autant des étudiants que le public de nos Facultés! Et alors son tourment continuel est de concilier les besoins, les nécessités de son enseignement avec les exigences de la codification. Je le répète, je ne crois pas que le problème ainsi posé puisse être résolu. Un Code et un livre d'enseignement exigent des méthodes toutes différentes.

Ceci m'amène à adresser à M. Boissonade une autre critique qui rentre dans le même ordre d'idées. On a reproché souvent aux rédacteurs du Code civil français d'avoir voulu quelquefois faire œuvre de doctrine. Il s'y rencontre notamment sur certaines parties des définitions qui n'ont aucune utilité au point de vue pratique, le seul dont un législateur ait à se préoccuper, et qui, d'ailleurs, presque toujours, même à ce point de vue doctrinal où le législateur a voulu se placer, laissent singulièrement à désirer; Ce reproche, combien M. Boissonade le mérite davantage encore! Il y a dans son œuvre un nombre infini d'articles où les définitions et même les explications doctrinales abondent. Je ne veux pas me donner la facile satisfaction d'en relever autant que je le pourrais; en voici cependant quelques exemples. Qu'on lise les art. 2 et 3 :

« Art. 2. — Les droits réels s'exerçant directement sur les choses et opposables à tous sont principaux ou accessoires.... » Suit leur énumération.

« Art. 3. — Les droits personnels s'exerçant contre une personne déterminée pour obtenir d'elle des prestations ou des abs-

tentions auxquelles elle est obligée par les causes que la loi reconnaît sont également principaux ou accessoires. »

Voilà, certes, la définition très nette du droit réel et du droit personnel. Mais ce n'est pas là faire œuvre de législateur, c'est un jurisconsulte, c'est un professeur qui parle !

Sait-on combien M. Boissonnade indique de divisions des choses ? Plus de douze ! Il distingue les choses principales et les choses accessoires, les corps certains et les quantités, les collections d'objets et les universalités de biens, les choses divisibles et indivisibles, les choses appropriées, les choses dans le commerce et hors du commerce, les choses aliénables et inaliénables, prescrites et imprescriptibles, saisissables et insaisissables. V. art. 16 à 30.

Il n'est certes pas un manuel de Pandectes allemand où il se trouve une énumération plus complète ! C'est fort bien pour le manuel de Pandectes, mais une énumération pareille ne me semble pas à sa place dans un Code !

Il faut cependant indiquer ce que renferme la première partie du livre II du Code civil qui fait l'objet du volume dont nous rendons compte.

Cette partie consacrée à la division des biens et aux droits réels renferme les théories très importantes de la propriété, de l'usufruit, de l'usage, de l'habitation, du bail, de l'emphytéose et de la superficie, de la possession, des servitudes foncières (naturelles, légales, du fait de l'homme). Je n'insisterai pas sur la division des choses dont j'ai déjà parlé. Cependant je dois faire remarquer que la division des meubles et immeubles a dans le projet de Code civil japonais la même importance que chez nous. M. Boissonnade nous apprend qu'elle est d'ailleurs consacrée par l'usage au Japon. Cela n'a rien d'étonnant. Partout où s'est établi le régime féodal, il en est fatalement ainsi, la terre est l'élément important du patrimoine, et l'on sait que le Japon est un des pays où la féodalité a été le plus savamment organisée et est restée le plus longtemps toute puissante. C'est depuis 1868 seulement que s'est écroulée cette hiérarchie féodale qui avait à sa tête le shogun (ou taïcoun pour les Européens), immédiatement au-dessous les daïmios ou grands vassaux, et au-dessous encore les samurai et leurs nombreuses classes.

M. Boissonade s'est d'ailleurs bien gardé, et avec raison, d'imiter la logique étrange des rédacteurs de notre Code qui, sans apercevoir l'idée qui se cache au fond de cette division des choses, ont rangé dans la classe des immeubles toutes les choses qu'on ne peut pas déplacer et dans celle des meubles tout ce qui peut être transporté d'un lieu dans un autre. L'ancien droit avait été bien plus raisonnable en considérant comme immeubles même les rentes constituées ! Qu'y a-t-il, en effet, au fond de cette division ? Cette idée, peut-être d'ailleurs contestable aujourd'hui, que dans le patrimoine il faut faire deux parts : d'un côté les objets qui en forment l'élément stable et persistant, que l'on tient à conserver, à transmettre à ses enfants ; de l'autre, les choses qui sont destinées à être échangées constamment, comme les fruits, les revenus, l'argent : en un mot, les choses qui peuvent changer d'un moment à l'autre. Les premières étant considérées comme plus importantes seront traitées en droit autrement que les autres, on entourera leur aliénation volontaire ou forcée de plus de garanties. Dans notre ancien droit c'est la terre qui est l'élément le plus important de notre patrimoine : de là la division en meubles et immeubles ! Plus tard on ajoute à la liste des immeubles même les rentes constituées. Ce sont cependant des biens qui, par leur nature, semblent devoir échapper à la distinction en meubles et immeubles<sup>1</sup>. Ces droits sont en effet des choses incorporelles, et une chose incorporelle, n'est, à proprement parler, ni mobilière, ni immobilière ! Mais admettons qu'on veuille les y faire rentrer, il semblerait qu'alors les rentes constituées eussent dû être considérées comme meubles. En effet, elles sont établies moyennant l'aliénation d'un capital mobilier et elles ont pour objet des arrérages, c'est-à-dire encore des meubles. Et cependant notre ancien droit, moins logique que le Code civil, les considère comme immeubles. Pourquoi cela ? « Parce que, dit Pothier, ces rentes sont devenues très communes et qu'elles composent tout le patrimoine de plusieurs familles<sup>2</sup>. » C'est toujours la même

<sup>1</sup> V. Baudry-Lacantinerie. *Précis de droit civil* I, p. 664.

<sup>2</sup> Pothier, *Traité de la communauté* n° 84. — Au n° 81 du même traité et au n° 112 du *Traité du contrat de constitution de rente*, Pothier donne une autre explication d'une subtilité telle qu'elle en devient puérile. « Le droit

idée de protection pour certains éléments du patrimoine !

Cette division, le Code la reproduit, mais en la faussant presque, sauf un certain nombre d'exceptions peu importantes, il ne voit en elle qu'un criterium purement matériel : la chose est-elle transportable ou non ?

M. Boissonade, mieux avisé, fait rentrer dans les immeubles « les rentes sur l'Etat et autres créances mobilières immobilisées par la loi ou par les particuliers en vertu d'une dispositions de la loi » art. 41-3°. C'est que les rentes sur l'Etat et autres créances, au Japon comme en France, « composent tout le patrimoine de plusieurs familles ! » On ne pourra pas reprocher au Code civil japonais l'inconséquence du Code civil français !

Dans la partie consacrée au *droit de propriété*, je dois signaler une disposition législative qui paraîtra peut-être, en France, tout au moins, assez hardie. M. Boissonade inscrit dans son projet de Code civil le principe de l'expropriation des meubles, d'une manière générale. Et il cite comme exemple de cas où cette expropriation pourrait avoir lieu avec avantage celui d'un propriétaire d'objets d'art très anciens qui pourraient manquer à un Musée national <sup>1</sup>.

Voilà un exemple bien inquiétant pour les collectionneurs ! Qu'ils se gardent bien de faire voir leurs galeries, leurs collections ! Leurs invités pourraient bien vite provoquer une loi d'expropriation pour les objets d'art auxquels ils tiennent peut-être le plus ? car il est juste d'ajouter que M. Boissonade demande comme garantie qu'une loi soit nécessaire pour chaque expropriation de ce genre. Même ainsi restreinte je crois la proposition dangereuse, outre qu'il ne serait pas difficile de démontrer que son fonctionnement pratique pourrait dans bien des cas être impossible. Ce n'est pas que l'expropriation des meubles en soi ne puisse jamais avoir lieu ! Notre législation en renferme un certain nombre de cas <sup>2</sup>. Mais dans toutes les hypothèses où il en est

qui fait le principal d'une rente constituée est semblable aux héritages qui comme ce droit produisent un revenu annuel et perpétuel ; et il n'en diffère qu'en ce qu'il n'est qu'un être *moral*, et que les héritages ont un être physique. »

<sup>1</sup> Art. 32 et n° 59 du Commentaire.

<sup>2</sup> Loi du 30 juin 1866. — Loi du 1<sup>er</sup> août 1874.

ainsi, la mesure de l'expropriation est commandée par des raisons autrement graves que celles invoquées par M. Boissonade à l'appui de son exemple. Que l'on parcoure les lois diverses qui permettent à l'Etat de s'emparer, sauf indemnité pécuniaire, de certains objets appartenant à des particuliers et l'on se convaincra sans peine que la mesure est nécessitée par des exigences d'intérêt public d'un caractère absolument impératif. Nous ne pouvons croire qu'il en soit ainsi lorsqu'il s'agit d'enrichir un musée d'une toile plus ou moins célèbre ou d'une potiche ancienne. Il est d'ailleurs assez curieux de constater que pas un des cas d'expropriation des meubles admis en France n'est cité par M. Boissonade, et qu'à l'inverse, aucun de ceux qu'il propose pour le Japon n'est connu chez nous.

En commençant l'explication de la matière de l'*usufruit*, M. Boissonade nous apprend que jusqu'à présent ce démembrement de la propriété est resté inconnu au Japon. Et dès lors une réflexion vient tout naturellement à l'esprit : si les Japonais n'ont pas pratiqué l'*usufruit* jusqu'à présent, c'est qu'ils n'en avaient pas besoin, c'est que leur état social ne réclamait pas un droit de cette espèce. Grâce à M. Boissonade, ils vont pouvoir goûter les bienfaits de ce régime qui consiste à dédoubler le droit de propriété, en donnant à l'un les revenus, à l'autre un capital qui sommeille pendant quelque temps. Sans doute les raisons que donne M. Boissonade à l'appui de son innovation sont excellentes pour justifier l'institution de l'*usufruit*... chez nous. Mais que valent-elles au Japon ? C'est ce que nous ne savons pas. Dans tous les cas ce qu'il serait intéressant de connaître et ce que M. Boissonade peut encore nous apprendre, c'est comment les Japonais en usaient dans les cas pour lesquels M. Boissonade leur propose aujourd'hui l'*usufruit*.

Il faut reconnaître d'ailleurs que dans les articles qui organisent cette institution, M. Boissonade améliore la loi française qui lui sert de modèle, soit en la modifiant, soit en tranchant un certain nombre de controverses que son interprétation a fait naître. Sans mentionner tout ce qui distingue son projet du Code civil français, je signalerai cependant un règlement nouveau qui est proposé pour les indemnités dues à la suite de constructions et de plan-

tations faites par l'usufruitier <sup>1</sup>. Je ne dois pas oublier non plus l'abolition de la disposition inexplicable du Code civil français qui dans son art. 601 dispense de donner caution le vendeur avec réserve d'usufruit <sup>2</sup>.

Le projet du Code civil japonais prévoit aussi le cas où l'immeuble sujet au droit d'usufruit serait assuré soit avant la constitution de l'usufruit, soit après, et règle dans ces divers hypothèses les droits et les obligations respectives du nu-propriétaire et de l'usufruitier <sup>3</sup>. M. Boissonade nous apprend à ce propos dans le commentaire de l'art. 94 consacré à cette disposition que les Japonais ne pratiquent guère l'assurance contre l'incendie. Et cependant il n'y a pas de pays où les incendies soient plus fréquents qu'au Japon <sup>4</sup>. En revanche, il paraît qu'il y a à l'étude un projet d'assurance générale et forcée par le gouvernement. L'assurance deviendrait alors une variété de l'impôt annuel. On voit par là que le Japon ne craint pas de faire du socialisme d'État. Cette idée de mettre entre les mains du gouvernement l'assurance contre l'incendie sur des immeubles et de la rendre obligatoire a d'ailleurs été déjà réalisée dans certains États, en Saxe notamment <sup>5</sup>. Elle a été plusieurs fois agitée chez nous mais sans jamais se traduire en projet de loi. Et cependant, parmi les attributions nouvelles que l'on propose de conférer à l'État il faut convenir que ce n'est pas une des plus déraisonnables. Il y a là une fonction qui serait certainement plus facile à exercer que l'exploitation des chemins de fer par exemple. Peut-être d'ailleurs, la France a-t-elle laissé passer le moment où une pareille réforme aurait été pratiquement possible. Mais un pays neuf, comme le Japon, n'a croyons-nous qu'à gagner à tenter cette expérience.

*Le bail, l'emphythéose et la superficie* suivent immédiatement l'usufruit dans le projet japonais. Pourquoi leur donner cette

<sup>1</sup> V. art. 72 et 73.

<sup>2</sup> V. art. 86.

<sup>3</sup> V. art. 84.

<sup>4</sup> Cela vient de ce que presque toutes les maisons sont en bois. « Il faut remarquer du reste à l'excuse des Japonais, ajoute M. Boissonade, que les compagnies étrangères refusent d'assurer les constructions en bois quand elles ne sont pas tout à fait isolées. »

<sup>5</sup> V. Block. *Dictionnaire de politique*, v<sup>o</sup> assurances, note de M. Block et Cauwès, *Précis d'un cours d'économie politique* II, p. 278.



placé alors que le Code civil français ne parle du bail que dans la partie consacrée aux diverses espèces de contrats? C'est que dans le premier Code le preneur d'un immeuble a un droit réel, contrairement à la règle en vigueur chez nous, dans l'opinion générale tout au moins. On conçoit qu'alors on l'ait rapproché du droit réel d'usufruit. Cette transformation du droit du preneur, dont M. Boissonade vante avec raison les avantages au point de vue économique, est encore plus une transformation pour les Japonais qu'elle ne le serait pour nous si la réforme se faisait en France. En effet, contrairement à ce qu'a établi en France l'art. 1743 C. civ., le bail finit au Japon, d'après un ancien usage, par la vente de la chose louée. Il n'en sera plus ainsi désormais. Là ne se borne pas d'ailleurs l'innovation. M. Boissonade tire les conséquences du principe nouveau qu'il propose en permettant notamment au bailleur d'hypothéquer son droit<sup>1</sup>. Ce n'est pas à dire cependant que le droit du preneur soit de tous points assimilé à celui de l'usufruitier. Certaines différences subsistent encore dont quelques-unes ne s'expliquent pas toujours très bien : ainsi pourquoi ne pas avoir donné au preneur les actions possessoires ?

Presque toujours, nous l'avons répété bien des fois, M. Boissonade est en avance sur le Code civil français, il le corrige, il l'améliore. Il y a cependant à noter dans la matière du bail un article qui reste en retard sur le droit français. En cas d'incendie de l'immeuble loué, le projet japonais maintient entre les colocationnaires la responsabilité solidaire que leur imposait l'ancien art. 1734 du Code civil français<sup>2</sup>. M. Boissonade, dans son commentaire, n'apporte pas une explication nouvelle à l'appui de cette solution si dure et qui a fini par être abolie en France<sup>3</sup>. Espérons que dans le texte définitif on ne voudra pas laisser subsister une disposition qui a soulevé en France de si vives critiques.

M. Boissonade a eu l'heureuse idée de rapprocher du bail l'emphytéose et la superficie qui n'en sont que des variétés. Il y consacre d'assez longs développements, sortant ainsi de la réserve

<sup>1</sup> Art. 143.

<sup>2</sup> Art. 152.

<sup>3</sup> Loi du 5 janvier 1883. — Cp. code civil italien, art. 1589.

un peu excessive du législateur français sur cette matière. Au reste, M. Boissonade ne pouvait guère faire autrement.

Quant à la superficie, d'abord, on en use beaucoup au Japon parce que, à raison de la fréquence des incendies, les loyers y sont extrêmement élevés. On préfère avoir à payer une redevance annuelle qui ne coûte que l'intérêt du capital engagé et la rente du sol et être ainsi quasi propriétaire de la maison qu'on habite.

Pour l'emphythéose, que M. Boissonade propose d'introduire au Japon avec une durée maxima de cinquante ans, elle est destinée à remplacer, en l'améliorant, le régime des terres tel qu'il s'est établi depuis la Révolution de 1868. M. Boissonade entre à ce sujet dans des détails intéressants auxquels nous ne pouvons que renvoyer le lecteur. Il y verra quelles sont les difficultés qu'éprouve le Japon, à ce point de vue spécial du régime des terres, à concilier les droits acquis sous l'ancien système de féodalité avec les principes nouveaux qu'il s'efforce d'introduire dans la législation. M. Boissonade nous apprend quel est le régime, purement transitoire, d'ailleurs, qui a remplacé la législation antérieure à 1868. Il en propose lui-même un nouveau où il s'efforce de ne léser aucun droit en tenant compte dans les limites du possible de ce qu'on appelle le grand principe de la non rétroactivité des lois. Heureusement, pas plus au Japon qu'en France, ce n'est là un principe absolu auquel on ne puisse apporter quelques dérogations lorsque l'intérêt général le réclame. La difficulté est de savoir jusqu'où on peut aller.

Ici encore je me permettrai d'émettre un vœu. M. Boissonade ne pourrait-il pas nous donner un travail complet sur ce régime des terres, un travail qui serait le développement du résumé d'ailleurs très intéressant qu'il a inséré dans son commentaire ? Je me répète peut-être, mais il me semble que pour bien comprendre l'application de ces nouveaux Codes il serait très intéressant et très utile d'avoir sur ce qu'on veut remplacer des détails circonstanciés et complets.

M. Boissonade a fait rentrer dans le livre II, première partie, la *possession* qu'il intercale entre la matière du bail et celle des servitudes foncières qui termine le volume. Il y a là de fines analyses, bien subtiles il est vrai quelquefois ; mais ce n'est pas

M. Boissonade qu'il faut en rendre responsable, c'est le sujet lui-même. Il faut reconnaître d'ailleurs que le commentaire de M. Boissonade possède la qualité la plus précieuse qu'on puisse désirer en pareille circonstance, la clarté. Tout est expliqué de la façon la plus simple à la fois et la plus nette. Les exemples abondent, et l'on sait qu'il y a là un moyen infaillible pour faire pénétrer dans les intelligences qui y sont le moins préparées les notions les plus difficiles et les plus compliquées de la science juridique.

Les théories que M. Boissonade traduit ainsi en articles de loi ne diffèrent pas d'ailleurs sensiblement de celles que notre loi avec les interprétations et les extensions de la jurisprudence a consacrées chez nous. Mais M. Boissonade critique et rectifie au besoin certaines définitions de la loi française ; il la complète quelquefois, en accordant, par exemple, le droit de rétention au possesseur de bonne ou de mauvaise foi obligé à la restitution des fruits et créancier de ses impenses <sup>1</sup>, en faisant acquérir les fruits civils jour par jour au possesseur de bonne foi comme à l'usufruitier <sup>2</sup>. Quelquefois aussi il apporte des solutions nouvelles, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer les droits du possesseur de bonne foi sans juste titre <sup>3</sup>.

M. Boissonade fait rentrer dans la possession la théorie des *Actions possessoires* qui se trouve dans notre législation au C. de Pr. civ. Ici encore mêmes règles à peu près que dans notre droit. Toutefois M. Boissonade introduit dans sa théorie une solution qui n'existe que chez nous et qui semble un retour aux doctrines du Droit romain classique. Il accorde la complainte au possesseur de meubles envisagés soit comme faisant partie d'une universalité, soit même à titre particulier <sup>4</sup>. Nous ne pourrions apprécier la portée de cette innovation que lorsque nous saurons dans quelles conditions la règle « en fait de meubles possession vaut titre » est adoptée par la législation japonaise.

Enfin le volume se termine par un exposé très complet de la

<sup>1</sup> Art. 209.

<sup>2</sup> Art. 206.

<sup>3</sup> Art. 208.

<sup>4</sup> Art. 213.

matière des services fonciers ou servitudes. M. Boissonade n'a pas voulu changer les dénominations adoptées par le législateur français dans cette partie du Code civil. Il continue à appeler servitudes l'obligation de bornage, la mitoyenneté, l'écoulement des eaux, etc., en les réunissant sous la dénomination unique de « Servitudes établies par la loi ». Il est certain que si on doit conserver le mot de servitudes en pareille matière il est inutile de distinguer comme le fait notre loi, les servitudes légales proprement dites et les servitudes dérivant de la situation des lieux.

Dans cette partie M. Boissonade a beaucoup emprunté, pour ce qui concerne les eaux, au Code italien « qui, comme il le dit lui-même, fait pour un pays de montagnes et d'irrigation, est très développé sur ce sujet. » M. Boissonade a aussi tenu compte pour la rédaction de son projet de la partie du Code rural qui a été votée en France par le Sénat. Mais il fait observer que son projet est encore plus complet. Il est bien possible, d'ailleurs, que le Japon ait ce Code rural avant que le nôtre soit voté définitivement et complètement par les deux Chambres en France. Il y a, en effet, peu d'exemples, dans l'histoire législative d'un pays, de la lenteur apportée par nos Assemblée délibérantes à la rédaction de cette partie de notre législation.

Quant aux servitudes dites du fait de l'homme, le projet de M. Boissonade reproduit en grande partie notre Code civil. Il le reproduit même peut-être un peu trop fidèlement. C'est ainsi que, comme le Code civil français, M. Boissonade déclare non susceptibles de s'acquérir par la prescription les servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes. Il y a longtemps, cependant, que l'on a reconnu en pratique la fâcheuse exagération de cette règle de l'art. 691. La critique vigoureuse et approfondie qu'en a faite le regretté M. Machelard <sup>1</sup>, le remède si étrange imaginé par la jurisprudence pour tourner cette règle gênante, auraient dû, semble-t-il, engager M. Boissonade à abandonner, ici, comme il le fait sur bien des points, son modèle ordinaire.

En terminant ce compte rendu déjà bien long, qu'il nous soit permis de nous féliciter de voir ainsi l'influence française pénétrer au loin avec nos Codes. On a quelquefois appelé les Japonais

<sup>1</sup> V. Machelard, *Essai sur la distinction des servitudes*, p. 98, 109, 111.

les Français de l'Orient, et l'on s'est plu à relever entre eux et nous certains traits de caractère communs. Si ce rapprochement est fondé, peut-être le passage toujours difficile et souvent périlleux d'une législation ancienne à une législation toute nouvelle se trouvera-t-il par là facilité. Quoi qu'il en soit, et sans rien abandonner des réserves que nous avons pu faire dans le cours de ce travail, nous souhaitons ardemment la réussite de cette tentative hardie du gouvernement du mikado. Nous souhaitons que la science si étendue, le dévouement, l'activité de l'infatigable M. Boissonade trouvent leur récompense dans le succès d'une œuvre à laquelle il attachera son nom d'une manière impérissable, et qui peut avoir pour la France les plus précieux résultats.

Mais ce n'est pas seulement à ce point de vue que nous devons apprécier ce travail d'importation législative. Le Japon, après beaucoup d'autres pays, nous prend nos Codes, mais il nous les prend révisés. On est trop enclin à l'oublier, nos Codes datent du commencement du siècle. L'expérience, les besoins nouveaux qui se sont produits y ont fait découvrir des lacunes, des obscurités, des inutilités. Aussi serait-il bientôt temps peut-être, quoi qu'en puissent penser les jurisconsultes qui s'honorent d'être fanatiques de ces monuments législatifs, de les soumettre à une révision approfondie. Il est temps qu'on le comprenne ; sinon, après avoir été les premiers à avoir une législation unifiée, claire et pratique, nous descendrons bientôt, à ce point de vue, à un rang dont la France ne peut pas se contenter<sup>1</sup>. F. LARNAUDE.

<sup>1</sup> Au dernier moment nous recevons le tome II du projet de Code civil pour l'Empire du Japon, consacré aux obligations. Nous en rendrons compte prochainement.

---

## COMMENT DOIT ÊTRE DÉTERMINÉ LE DÉLAI DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE DES OBLIGATIONS, EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ,

Par M. A. MÉRIGNHAC, avocat, docteur en droit.

### SOMMAIRE.

1. — Importance de la question. — Hypothèses pratiques dans lesquelles elle se pose. — Comment on peut rattacher à trois idées principales les différentes solutions proposées pour la résoudre.

2. — Système du *droit local de l'obligation*.
3. — Objections au point de vue pratique. — Réfutation au point de vue théorique.
4. — Opinion qui détermine la prescription par la loi du lieu où l'obligation a été contractée. — Objections au point de vue pratique.
5. — Comment on a essayé d'y répondre. — Réfutation au point de vue théorique.
6. — De la doctrine qui applique la loi du juge saisi de la poursuite.
7. — Réfutation.
8. — Opinion qui adopte la loi du lieu où l'obligation doit être exécutée.
9. — Réfutation.
10. — Reproche commun aux opinions qui précèdent. — Appréciation générale sur la manière de voir de ceux qui se rattachent au domicile de l'une des parties contractantes.
11. — Opinion de Pothier. — En quoi elle est inexacte. — Comment argumentent ceux qui se déclarent, en tous cas, partisans de la loi du domicile du débiteur.
12. — Variation de leur doctrine au cas où le débiteur a changé de domicile depuis le jour de la convention.
13. — Pourquoi, lorsqu'on se prononce pour la loi du domicile du débiteur, il ne faut considérer que celui qu'il avait au jour du contrat.
14. — Hésitations de la jurisprudence française. — Transition à notre système.
15. — La prescription libératoire étant basée sur un motif d'intérêt universel, c'est de ce motif qu'il faut aussi s'inspirer pour en régler le délai. — Cette manière de voir, qui amène l'adoption de la prescription dont le temps est le plus court, est conforme à l'esprit général de notre droit.
16. — Applications pratiques dans les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.
17. — Nécessité de se placer au jour du contrat pour la fixation du domicile dont la loi régira la prescription. — Pourquoi ne faut-il point s'attacher à la nationalité plutôt qu'au domicile ?

4. — A mesure que les relations des États s'étendent, que l'industrie et le commerce franchissent les frontières, créent entre les peuples des rapports plus fréquents, s'élabore un droit nouveau, le droit international privé, composé de règles empruntées aux diverses législations nationales. Sous son influence chaque jour grandissante, se sont développés des principes admis aujourd'hui d'un accord unanime, mais dont le nombre est encore restreint. Aussi beaucoup de questions litigieuses soulèvent des conflits qui ne sont pas près de finir. Parmi elles il en est une qui a une importance considérable ; nous voulons parler de celle qui a trait au délai de la prescription extinctive, en matière

d'obligations. Elle revêt à un si haut degré le caractère pratique, qu'il est peu de nations chez lesquelles on ne puisse mentionner, à son égard, quelque décision judiciaire, et peu de jurisconsultes, s'occupant de l'ordre d'idées auquel elle se rattache, dont elle n'ait pas sollicité l'attention. En France, elle vient de prendre un intérêt nouveau, et l'une de nos Cours d'appel a été appelée tout récemment à se prononcer en ce qui la concerne <sup>1</sup>. L'opportunité de cette étude nous paraît ainsi pleinement justifiée.

Indiquons par un exemple comment la question peut se poser en pratique. Français, je suis devenu débiteur d'un négociant étranger, russe je suppose, à raison d'une fourniture de bijoux qu'il m'a faite à Paris. Le prix n'a pas été payé en totalité; trois ans se passent sans réclamation; puis, actionné devant le tribunal de mon domicile, à Paris, j'oppose la prescription de l'article 2272 du Code civil, c'est-à-dire la prescription d'un an. Ma prétention est-elle admissible? Oui, si l'on croit qu'il faut calculer le délai de la prescription selon la loi française; non, si l'on applique la loi russe, suivant laquelle la prescription n'est acquise dans l'espèce qu'après dix ans.

Telles sont les deux premières solutions qui s'offrent à l'esprit. Compliquons l'hypothèse et il pourra s'en présenter d'autres. Le débiteur, quittant le domicile qu'il avait au jour du contrat, en a choisi un autre en un pays différent; ou bien, pour une raison quelconque, le juge saisi de la poursuite motivée par l'inexécution de l'obligation n'est pas celui du domicile du débiteur; ou bien, enfin, le contrat porte que le paiement devra être effectué en un lieu autre que celui de ce domicile. Aussitôt surgit la question de savoir si la prescription ne subira pas le contre-coup de ces circonstances diverses; et si on ne devra pas lui appliquer, suivant les cas, les délais soit du pays où le débiteur a établi son nouveau domicile, soit de celui où siège le juge saisi, soit de celui où l'obligation doit être exécutée.

Chacune de ces solutions compte à son appui des décisions jurisprudentielles et peut invoquer l'autorité de jurisconsultes éminents. Cependant, chacune d'elles nous paraît, prise à la lettre, appliquée sans distinction et quoi qu'il advienne, devoir

<sup>1</sup> Besançon, 11 janvier 1883, D, 83, 2. 211.

aboutir à des résultats inacceptables, à des conséquences contraires au but de la prescription extinctive. Aussi, croyons-nous pouvoir proposer une solution nouvelle qui nous semble plus rationnelle, parce qu'elle est plus conforme à ce même but. C'est ce que nous allons faire, après avoir passé en revue les systèmes proposés, et montré ce que chacun d'eux contient, à notre avis, de défectueux.

On remarquera qu'ils peuvent être rattachés à trois idées principales, dont ils ne sont, au fond, que des combinaisons. Les uns, en effet, se préoccupent exclusivement de l'obligation considérée en elle-même ; les autres, de la personne des parties contractantes ; certains, enfin, de ce double élément. De là, sont nés deux courants diamétralement opposés et une opinion mixte. Tandis que les partisans de cette dernière opinion tiennent compte pour la solution du litige, à la fois et de l'obligation et de ses sujets actif et passif, ceux qui adoptent les systèmes extrêmes se rattachent, ceux-ci à tel ou tel élément de l'obligation qu'ils considèrent comme principal, ceux-là soit à la loi du domicile du créancier soit à celle du domicile du débiteur.

2. — Parmi les auteurs qui ont traité le sujet qui nous occupe, M. de Savigny a soutenu et développé brillamment cette thèse qu'il faut, pour fixer le délai de la prescription, suivre les règles du pays où l'obligation a son siège juridique<sup>1</sup>. Pour lui, l'obligation est, en effet, un être de raison indépendant du créancier et du débiteur, ayant une vie propre et personnelle, de sorte que l'on doit appliquer, pour le règlement des questions qu'elle soulève, les principes du *droit local de l'obligation*. A l'appui de sa doctrine, il fait remarquer que, déterminant d'une manière absolue la loi de la prescription, elle empêche tout ce que la volonté arbitraire de chacune des parties pourrait entreprendre au préjudice de l'autre. Y a-t-il, par exemple, plusieurs juridictions compétentes pour connaître de l'action, le demandeur ne pourra choisir celle dont la loi admet la prescription la plus longue ; et, réciproquement, le défendeur ne pourra en abrégier la durée, en transportant son domicile dans un pays où les délais en seraient plus courts.

<sup>1</sup> *Système de dr. Rom.* trad. Guenoux ; VIII, p. 270.



Voyons donc comment M. de Savigny détermine la loi qui forme le *droit local* de l'obligation. On doit suivant lui, se rattacher au lieu où l'obligation doit être exécutée, quand un lieu a été fixé pour cette exécution, ou est indiqué par les circonstances à défaut de fixation, lorsque l'acte générateur de l'obligation y a été effectué par le débiteur, en dehors de son domicile. Si ces éléments manquent, le *droit local* est celui du pays où l'obligation a été contractée, pourvu qu'il coïncide avec le domicile du débiteur, de façon que des changements ultérieurs ne seront pas pris en considération. Enfin, en dehors de tous ces cas, c'est la législation du domicile du débiteur qui sera appliquée.

3. — Cette diversité des causes qui déterminent le *droit local* de l'obligation jette, tout d'abord, une grande incertitude sur le système. Au lieu d'une législation unique et invariablement fixée que l'on s'attendait à rencontrer, on se trouve en présence de lois diverses déclarées applicables, suivant les cas, à la même obligation. Le *droit local* devrait être déterminé, semble-t-il, par un élément unique, considéré comme exerçant sur l'obligation une influence principale et auquel, dès lors, on s'attache, rait en toute hypothèse. Mais on est amené à douter de l'existence de cet élément, quand on voit M. de Savigny se préoccuper de circonstances multiples; et quand un autre jurisconsulte, après avoir admis que « la valeur intrinsèque, la substance et le lien des conventions dépendent de la loi du lieu où elles ont reçu leur perfection », décide ensuite que le délai de la prescription extinctive sera régi par la loi du pays où siège le tribunal saisi de la cause<sup>1</sup>.

Il est donc fort difficile de déterminer le *droit local*. Voici l'avoué que fait à cet égard un auteur que cette difficulté même a déterminé à changer d'opinion. « Préciser, dit M. Fiore, le siège local de l'obligation, qui est un être idéal, est chose difficile dans beaucoup de cas; et Savigny lui-même le reconnaît. L'obligation peut résulter d'actes subjectifs faits en différents lieux et, le plus fréquemment, d'accords établis par lettres télégrammes; et l'on dispute toujours sur le lieu où devient parfait le contrat par correspondance<sup>2</sup>... »

<sup>1</sup> Fœlix, *Dr. int. pr.* (4<sup>e</sup> édit. Demangeat), p. 223 et 239, t. I.

<sup>2</sup> *Droit internat. pr.*, appendice, p. 688.

Si, d'ailleurs, nous dégageant des difficultés pratiques, nous nous demandons ce qu'il faut penser de la théorie du *droit local*, nous allons voir qu'elle est de nature à soulever bien des hésitations et bien des doutes. Est-il possible d'attribuer à l'obligation une individualité assez déterminée, une existence assez indépendante, pour qu'elle puisse ainsi se personnifier et avoir ses règles propres, distinctes de ses sujets actif et passif, semblable à une société distinguée de ses membres? Nous ne saurions l'admettre, car l'obligation n'est autre chose qu'un engagement personnel, un lien de droit, qui, ainsi qu'on l'a fait très exactement remarquer, ne peut avoir de « siège »<sup>1</sup>. L'obligation ne se conçoit point, en effet, séparée de la personne des parties contractantes, sans lesquelles n'ayant aucune raison d'être, elle manque de support juridique. C'est sous l'empire de ces idées que les glossateurs, niant la possibilité de la cession de créance, avaient dit : « *Nomina adeo ossibus hominum inhaerent ut non possint separari a domino, sicut nec anima a corpore* »<sup>2</sup>; et que beaucoup d'auteurs modernes affirment encore aujourd'hui que l'incessibilité était, en droit romain, un des caractères de la créance. Laissons de côté ce que cette manière de voir peut avoir d'exagéré; admettons que les créances étaient cessibles à Rome; retenons seulement ce qu'il y a de vrai dans la cause même de l'exagération, c'est-à-dire que l'obligation, lien de droit, suppose unies deux personnes auxquelles elle est elle-même intimement liée; qu'elle ne peut avoir une situation indépendante, à elle propre; qu'il ne peut y avoir de *droit local* de l'obligation.

4. — Les auteurs qui se décident pour la loi du lieu où est née l'obligation<sup>3</sup>, partent, en général, de ce point de vue que

<sup>1</sup> Edmond Picard, *Journal de droit international privé*, 1881, p. 474, n° 1.

<sup>2</sup> Conf. les gloses citées par M. Gide, *Novation*, p. 233.

<sup>3</sup> Conf. en ce sens : Hertius, *De collisione legum*, § 65. Mansord, t. 1, p. 102, n° 136. Demangeat, *Condit. des étrangers en France*, p. 331 et suiv. et p. 358. Ballot, consultation à laquelle ont adhéré MM. Demangeat, Plocque et de Vallsménil, *Revue prat.*, 1859, t. 8, p. 333 et s. Renault, *Revue crit.*, *Examen doctrinal*, p. 723 à 726. Pasquale Fiore et Pradier-Fodéré, *Droit internat. pr.*, p. 392 (le premier a ensuite changé d'opinion, appendice, p. 488). Flandin, *De la prescript. libérat. en droit internat. pr.*, *Jour. de dr.*

les parties ont eu l'intention de se conformer, pour leurs conventions, à la législation du pays dans lequel ces conventions ont été consenties, sont devenues parfaites, et que, par suite, les éléments substantiels des obligations sont régis par la loi du lieu où elles ont reçu leur perfection. D'où ils concluent que la prescription, touchant à la substance de l'obligation puisqu'elle en limite la durée, doit suivre la même loi.

En fait, on peut répondre que, si quelquefois les parties ont choisi le lieu du contrat d'une façon délibérée et raisonnée, à l'inverse, elles pourront y avoir contracté par suite d'un pur accident, d'une circonstance fortuite et passagère. Un négociant allemand stipule, par exemple, à Gênes, que des armateurs de Marseille transporteront ses marchandises à Londres<sup>1</sup>; dira-t-on que le négociant et les armateurs ont délibérément choisi la loi italienne et que cette loi doit, dans leur pensée commune, régir toutes les conséquences de l'obligation? Cela peut être assurément; mais cela peut ne pas être aussi; il est bien plus vraisemblable que, s'ils ont contracté à Gênes, c'est uniquement parce que les marchandises, objet du contrat, y ont été acquises, sans qu'on puisse inférer de là qu'ils ont entendu se soumettre à la législation du pays. Combien ce point de vue paraîtra encore plus exact, si l'on suppose qu'il s'agit d'un étranger ayant acquis, durant une résidence momentanée dans une station balnéaire, un objet d'art, d'un marchand, étranger lui-même, et qui n'était venu là que pour la saison!

*Int. pr.*, 1881, p. 230 et s. Aubry et Rau, § 31, texte et note 68. Laurent, *Droit civil Internat.*, VIII, n° 254 (M. Laurent propose d'introduire ce système dans le nouveau Code belge, n° 235).

Conf. Tribunal de commerce de la Seine, 15 avril 1859, rapporté par Demangeat (Félix, édit. Dem., p. 242, 4<sup>e</sup> édit. note). Douai, 16 août 1834; Paris, 7 février 1839 et 18 janvier 1840. *Gaz. des tribunaux*, 18, 19 août 1834; 11, 12 février 1839; 26 janvier 1840. Alger, 18 août 1848; Devil. 49, 2. 264. Chambéry, 12 février 1869, s. 70. 2. 9. Trib. de la Seine, 2 juin 1881, *Jour. de dr. int. pr.*, 1881, p. 230 et s. Conf. trib. de commerce de Russie, 17 mars 1877, *Jour. de dr. int. pr.*, 1881, p. 189. Sénat dirigeant de Varsovie, décrets des 5 et 6 décembre 1873, conformes à l'opinion émise les 12 janvier 1838 et 5 juillet 1844 par le conseil supérieur de l'Empire; *Jour. de dr. int. pr.*, 1874, p. 333 et s. Tribunal de Brême, 5 mars 1877 et décisions antérieures; *Jour. de dr. int. pr.*, 1878, p. 627.

<sup>1</sup> Espèce soumise à la Cour de cassation en 1869. P. 69. I. 49.

5. — Il semble donc que, loin de sanctionner la volonté des parties, on va plutôt contre elle en affirmant que le fait d'avoir contracté dans un pays, à la nationalité duquel aucune d'elles n'appartient, implique leur intention de se soumettre à la loi du lieu du contrat. Aussi, d'aucuns ont-ils cru devoir ajouter la condition que le débiteur aurait, au lieu de la convention, un établissement sérieux et non une simple résidence passagère <sup>1</sup>. Cette restriction paraît basée sur l'idée qui guide la jurisprudence française, quand, déniaut aux étrangers la possibilité d'avoir en France un domicile de droit en dehors des formalités de l'article 13 du Code civil, elle leur reconnaît cependant un domicile de fait qui est plus qu'une simple résidence. Il a été répondu, avec raison, que la jurisprudence inventait là un domicile qui n'existait pas; qu'il n'y a pas d'état intermédiaire, au point de vue légal, entre le domicile de droit et la résidence <sup>2</sup>. Nous ferons, à notre tour, la même réponse: l'établissement sérieux dont il s'agit est, en réalité, un domicile de fait, dont on ne saurait tenir compte. Il faut donc se décider pour la loi du pays où le contrat a été passé, s'il est en même temps celui du domicile de droit du débiteur, et, dans ce cas, on rentre dans l'opinion de ceux qui adoptent toujours la loi de ce domicile; ou bien il convient de se contenter d'une simple résidence, et alors surgissent les raisons de douter que nous avons indiquées plus haut.

Que décider, au surplus, quand les parties ont formellement déclaré ne pas vouloir être régies par la loi du lieu où elles contractaient, sans indiquer celle à laquelle elles entendaient se soumettre? Dira-t-on qu'il faut tenir pour non avenue leur volonté formellement exprimée, parce qu'elles ont fait un acte nul en écartant la loi du contrat sans en adopter une autre? Ceci peut être soutenu dans les cas où le droit positif contient, à cet égard, une disposition impérative: par exemple, en France relativement à des époux qui auraient exclu la communauté légale, sans indiquer à quel régime ils entendaient être soumis. Mais, en dehors

<sup>1</sup> En ce sens, la décision du tribunal de la Seine, dans l'affaire Kaulla; *Jour. de dr. int. pr.*, 1881, p. 230 et s.

<sup>2</sup> En ce sens, M. Lainé, Cours de dr. int. pr. professé à la Faculté de droit de Paris (cours du 24 décembre 1883).

de ces hypothèses, il est impossible de ne pas tenir compte de la volonté exprimée, dans un système basé sur l'interprétation de la volonté. Ceux qui l'admettent doivent donc, pour être logiques, étant donné leur point de départ, reconnaître que le criterium proposé fait en ce cas défaut, et que c'est ailleurs qu'il convient de chercher l'élément de la solution.

En droit, maintenant, peut-on faire dépendre la fixation du délai de la prescription de la volonté soit expresse, soit tacite des parties contractantes? Nous ne le pensons point, car il s'agit ici d'une matière par rapport à laquelle la loi restreint le principe de la liberté des conventions; ainsi l'art. 2220 du Code civil défend de renoncer au bénéfice de la prescription d'une façon expresse, avant qu'elle soit accomplie. Si une renonciation anticipée à ce bénéfice est impossible, le débiteur ne peut pas davantage modifier, à son préjudice, les conditions normales de la protection qui lui est accordée, en se soumettant expressément ou tacitement à une loi qui fixerait, pour la prescription, une durée plus longue que celle qui doit être régulièrement appliquée. La recherche de l'intention des parties est donc indifférente, puisque la question est indépendante de leur volonté <sup>1</sup>.

6. — Il est des cas où le débiteur est actionné au lieu de son domicile : c'est même là l'hypothèse normale. Mais il peut se faire que le juge saisi de la poursuite ne soit point celui de ce domicile. Prenons un exemple. En matière commerciale, la loi française permet au créancier d'agir, à son gré, devant le tribunal du domicile du défendeur, devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, et enfin devant celui de l'arrondissement où le paiement doit être effectué (420, Pr. civ.). Supposons un Français domicilié à Paris, ayant acheté des marchandises à un Russe à Londres, et la livraison faite dans cette dernière ville, avec cette clause que le paiement aurait lieu à Saint-Petersbourg. Trois juridictions sont

<sup>1</sup> Conf. en ce sens M. Labbé, S. 69, I. 49; Aubry et Rau, qui limitent à tort leur solution au cas où un Français est en cause, car les motifs sont les mêmes s'il s'agit d'un étranger; § 31, note 69. Dans le même sens, l'article 48 du Code fédéral suisse des obligations, du 14 juin 1881, dit : « Les délais de prescription fixés au présent chapitre (chapitre de la prescription) ne peuvent être modifiés par convention. »

compétentes selon l'art. 420 précité : la juridiction française, la juridiction anglaise et la juridiction russe. Le débiteur pourra être actionné devant l'une d'elles au choix du créancier. Faudra-t-il régler la prescription par la loi du pays où le créancier aura exercé ses poursuites, par la *lex fori*, selon l'expression classique ? L'affirmative prévaut devant les juridictions américaines et notamment devant la Cour suprême des Etats-Unis <sup>1</sup>. Le motif donné par les auteurs les plus accrédités de ce pays est qu'un Etat, souverain chez lui, « a le droit de déterminer les règles à suivre dans le cours de la justice, et que la *lex fori* d'un autre pays ne peut s'appliquer aux matières qui doivent être naturellement décidées par la *lex fori* de l'Etat où la contestation s'élève <sup>2</sup> ». De là, ils concluent que tout ce qui touche aux formes de procéder en justice et à la prescription opposée par le débiteur doit être réglé par la loi de l'Etat où le procès est pendant.

Si un État est souverain (ce que nul ne conteste) pour établir le mode de procéder devant ses juridictions, il ne doit pas, semble-t-il, appliquer aux étrangers, sous prétexte de régler la forme, les principes par lesquels il résout, pour ses nationaux, les questions de fond. Son domaine se limite, croyons-nous, aux règles de procédure pure, à celles qui sont *ordinatorie* et non *decisorie litis*, car le droit de réglementation absolu, qui lui appartient eu égard aux exceptions de forme, ne se conçoit plus quand il s'agit de défenses au fond. Ce doit être, en ce qui concerne ces défenses, lorsqu'un étranger est en cause, un problème préalablement résolu que celui de savoir quelle loi doit être appliquée, sans qu'il soit permis de trancher le litige par cette remarque pure et simple qu'elles se traduisent au procès par un incident de procédure.

En poussant jusqu'au bout les conséquences de la doctrine admise par la jurisprudence américaine, on est amené à refuser aux étrangers l'application des règles qui rentrent, de la manière la plus évidente, dans leur statut personnel. Ainsi, une femme française invoque la nullité d'un engagement par elle contracté

<sup>1</sup> *Jour. de dr. int. pr.*, 1876, p. 130.

<sup>2</sup> Wheaton, *apud Jour. de dr. int. pr.*, *loc. cit.* Conf. dans le même sens : Kent, *Commentaries of american law.*, t. 2, p. 462 et Story, *Conflict of laws*, 6<sup>e</sup> édition, p. 766, nos 576 et 577.

vis-à-vis d'un étranger, pour défaut d'autorisation maritale. Si l'on suppose que la loi du lieu où l'action est intentée déclare la femme capable de s'obliger sans l'autorisation de son mari, on pourra dire : la femme tire du défaut d'autorisation une exception que n'admet point la loi du pays où elle l'invoque ; et, comme cette loi est souveraine pour régler la procédure, cette exception doit être repoussée, car l'accueillir serait abdiquer le droit de souveraineté. Ce résultat qui découle forcément, croyons-nous, de l'opinion que nous combattons, démontre combien il est nécessaire de distinguer entre les exceptions de forme et les défenses au fond, et, spécialement dans la question qui nous occupe, entre la prescription et certains délais préfixes. Les règles de procédure étant territoriales, il faut attribuer le même caractère à ces délais préfixes dans lesquels doivent être accomplis les actes qu'elles prescrivent. Ainsi le délai pour se pourvoir contre un jugement ou pour le mettre à exécution et celui de la péremption sont nécessairement déterminés par la loi du pays où l'instance est poursuivie et le jugement rendu. Au contraire, les lois de fond, qui comprennent la prescription, ont, suivant une expression énergique, « une force d'expansion plus considérable dont participent les délais fixés pour leur application <sup>1</sup>. »

La distinction que nous venons de faire entre les exceptions *ordinatorie* et *decisorie litis*, suppose admise cette proposition que la prescription doit rentrer dans les secondes, parce qu'elle touche au fond du droit lui-même. Or, il a été prétendu, au contraire, que la prescription suit les règles de l'action en justice, comme ne constituant qu'une simple fin de non recevoir contre l'action. « *Præscriptio non pertinet ad valorem contractus, sed ad tempus et modum actionis instituendam* », disait déjà Huberus dans l'ancien droit <sup>2</sup>, et Merlin <sup>3</sup> estime que la loi qui déclare une dette prescrite « n'anéantit pas le droit du créancier en soi, mais plutôt oppose une barrière à ses poursuites ». La prescription serait donc simplement relative à la sanction que le droit positif confère à l'obligation, à la poursuite en justice, à

<sup>1</sup> Conf. Brocher, *Dr. int. pr.*, p. 328.

<sup>2</sup> *Jurisprud. univ.*, liv. 3, ch. 2, § 34.

<sup>3</sup> V° *Prescription*, § 15.

l'action <sup>1</sup>. Ainsi, quand on oppose la prescription, on ne nie pas le droit du créancier; on le paralyse seulement, ce qui, dit-on, est certain dans l'opinion de ceux qui estiment qu'une obligation naturelle survit à la prescription acquise.

7.— Faisons, tout d'abord, une objection, avant d'entrer dans la discussion du fond. Avec ce système, le créancier est maître de faire varier, à son gré, le délai de la prescription, par le choix du juge saisi. On laisse donc le débiteur à la merci du poursuivant, ce qui semble déjà excessif, car, de ce que la loi permet à ce dernier de choisir la juridiction la plus commode, il ne paraît pas résulter qu'elle l'autorise à allonger, à sa volonté, la durée de la prescription.

Entrant maintenant dans le fond même de l'argumentation, nous nous bornerons à dire, touchant la persistance de l'obligation naturelle après la prescription acquise, que, résolue déjà négativement au point de vue du droit romain par beaucoup d'interprètes <sup>2</sup>, la question doit, selon nous, recevoir aujourd'hui une

<sup>1</sup> En ce sens : Casa-Regis, discours, leg. 130, n° 125. Labbé, S. 69. I. 49, à la note. Félix, *loc. cit.* Mittermaier : *Ueber die collision der Proccessgesetze* (*Archiv. für civilist praxis*, XIII, p. 307). Gluck, *Etudes de droit privé*, §§ 17 et 18. Mullenbruch, § 73.

Conf. arrêt de la Chambre des Lords d'Angleterre dans le *Law-Magaz* vol. 24, p. 221. Sénat dirigeant de Varsovie en 1871; *Jour. de dr. int. pr.*, 1874, p. 333. Tribunal supérieur de Berlin, 18 mars 1875; *Jour. de dr. int. pr.*, 1877, p. 243. Cour d'appel de Bois-le-Duc (Hollande), 21 mars 1882; S. 83, 4, 9 avec une note de M. Esmein où l'auteur ne se prononce pas.

<sup>2</sup> Sur ce point les textes du droit romain ne statuent pas d'une façon définitive. Ceux qui admettent la survie de l'obligation naturelle s'inspirent soit des principes généraux, soit de plusieurs textes qui ne seraient suivant eux compréhensibles qu'avec leur doctrine, notamment de la constitution de Gordien, qui maintient le gage après l'extinction de l'obligation personnelle. Conf. en ce sens : Maynz, *Cours de dr. rom.*, § 298, I. Ceux qui repoussent l'idée de l'obligation naturelle survivant à la prescription semblent être plus d'accord avec le but même que poursuit la prescription, et ils invoquent, d'autre part, des décisions qui paraissent amener forcément à leur conclusion, par exemple, les lois 18 § 1, D. *De pec. constit.*, XIII, 5 et 25, § 1, D. *Ralam rem hab.*, XLVI, 8. Conf. Accarias, *Précis de dr. romain*, II n° 926, 3°; Machelard, *Oblig. nat.*, p. 446 et suiv. Enfin, quelques auteurs tenant compte des arguments produits de part et d'autre, estiment qu'il y aurait lieu d'admettre, sinon tous, du moins certains effets de l'obligation naturelle. Conf. Demangeat, *Cours de dr. rom.*, II, act. perpét. et tempor., *in fine*.



solution identique. En effet, le Code civil range formellement la prescription parmi les modes d'extinction de l'obligation. D'autre part, le but poursuivi, c'est-à-dire empêcher des procès devenus insolubles par la perte des preuves et consolider les situations acquises, ne serait pas atteint s'il subsistait une obligation naturelle, puisque cette obligation, quoique ne produisant pas d'action, aurait cependant certains effets, notamment celui prévu par l'art. 1235 du Code civil.

Nous n'insistons pas davantage sur cette question de l'obligation naturelle, car, à notre avis, il suffit d'envisager uniquement le résultat certain de la prescription, qui est la perte de l'action en justice, pour demeurer convaincu qu'elle agit sur le fond du droit et non pas seulement sur sa manifestation extérieure. S'il est vrai de dire que l'exception, paralysant l'instance engagée en laissant la faculté de la reprendre plus tard ou d'en introduire une nouvelle, ne touche qu'à l'action, il est non moins permis d'affirmer que la prescription, véritable défense au fond privant à perpétuité le créancier d'obtenir gain de cause, met en réalité le droit à néant. En effet, « à ne considérer que le résultat pratique, celui qui a une action condamnée à ne jamais aboutir est tout aussi dépourvu de droit que celui qui n'a pas d'action du tout », dit fort exactement M. Accarias, en expliquant pourquoi la *condictio* était accordée au débiteur, quand il avait payé étant protégé par une exception perpétuelle<sup>1</sup>.

8. — En 1866, dans une hypothèse à laquelle nous avons fait allusion plus haut, le tribunal de Marseille s'est prononcé pour la loi du pays où l'obligation devait être exécutée, et sa décision a été ratifiée par la Cour d'Aix<sup>2</sup>. Pour que la question se pose remarquons-le, et pour que cette manière de voir ne se confonde pas avec celle qui admet la loi du domicile du débiteur ou du pays où l'action est intentée, il est nécessaire que l'obligation doive être exécutée en un lieu autre que ceux qui viennent d'être indiqués. Il faut, par exemple, supposer que les parties ont assigné une localité spéciale au fait du paiement. Ceci précisé, voici comment un de ses défenseurs les plus autorisés, M. Massé,

<sup>1</sup> Accarias, *Précis de droit romain*, II, n° 659.

<sup>2</sup> L'arrêt a été cassé par la Cour suprême, S. 69. I. 49.

expose la doctrine qui nous occupe : « S'il est vrai que la prescription touche à la force même de l'obligation dont elle a pour effet de libérer l'obligé, il n'est pas moins vrai qu'elle ne se rapporte qu'à l'exécution contre laquelle elle est une exception et qu'elle naît précisément de cette exécution ou du temps dans lequel elle a lieu <sup>1</sup>. » M. Lehr ajoute : « La prescription est un mode d'extinction, presque un mode d'exécution de l'obligation... Son fondement juridique est moins une déchéance infligée au créancier négligent, qu'une présomption de paiement antérieur de la part du débiteur, puisque celui-ci, obligé de se libérer suivant certaines règles, doit se conformer à ces règles, qu'il paie réellement ou qu'il s'acquitte par un des moyens subsidiaires que la loi met à sa disposition en guise de paiement effectif; la loi du lieu du paiement est donc celle qui régit la prescription de l'action du demandeur <sup>2</sup>. » Pour M. Troplong, au contraire, la prescription a bien pour but de punir le créancier négligent; mais il arrive néanmoins au même résultat que les auteurs précités, car c'est au lieu où la négligence se produit, c'est-à-dire où l'obligation devait être exécutée, qu'on doit, selon lui, se rattacher pour déterminer le délai de la prescription <sup>3</sup>.

9. — Toute l'argumentation qui précède repose sur cette idée : que la prescription, si elle touche indirectement à l'existence du droit, a surtout trait à une question d'exécution, en quoi elle ressemble au paiement; qu'il faut dès lors la considérer comme se rapportant uniquement aux règles d'exécution du contrat et en fixer le délai par la loi du lieu de cette exécution <sup>4</sup>.

Tout d'abord, est-il vrai de dire que la loi frappe le créancier

<sup>1</sup> *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens*, 3<sup>e</sup> édition, I, p. 494.

<sup>2</sup> *Conf. Revue de dr. int. pr.*, 1882, p. 516 à 519; *France judiciaire*, VI, I, 106 à 108, S. 82. 4. 41. P. 82. 2. 65.

<sup>3</sup> *Prescription*, n<sup>o</sup> 38.

<sup>4</sup> En ce sens : Burgundus, *tractat.* IV, n<sup>os</sup> 27 et 28. Fabre, *Cod.*, lib. I, tit. 5, def. 3. Cristin, vol. I, *déc.* 283, n<sup>o</sup> 12. Massé, Troplong, Lehr, *loc. cit.* Pardessus, *Dr. comm.*, V, n<sup>o</sup> 1495. Bertauld, *Quest. prat.* I, n<sup>o</sup> 150. Edmond Picard, *apud Jour. de dr. int. pr.*, 1881; validité et effets des actes passés en pays étrangers, d'après la loi belge, n<sup>o</sup> 54. Haus, *Dr. pr. des étr. en Belgique*, p. 293. Lippens, *Litg. civ. des étrangers*, n<sup>o</sup> 148.

d'une déchéance, parce qu'il n'a pas demandé son paiement au lieu convenu? Il est vraisemblable que, négligeant cette circonstance, elle punit le créancier plutôt pour avoir trop tardé à exercer son action, que pour ne l'avoir pas exercée en un lieu déterminé. Or, l'action ne s'intente pas toujours là où le paiement devait se faire; la loi du lieu fixé pour l'exécution ne régit pas toujours en fait cette exécution. C'est ainsi que l'article 108 de notre Code de commerce fixe, pour les actions à intenter contre les voituriers et commissionnaires à raison de la perte ou de l'avarie des marchandises, une prescription de six mois quand les expéditions ont été faites à l'intérieur de la France, et d'un an quand elles l'ont été à l'étranger. Le législateur suppose donc que sa décision sera applicable à des transports qui devaient être acceptés hors de France, et, par suite, il n'admet pas l'influence que l'on veut attribuer à la loi du lieu de l'exécution.

Cette réfutation, qu'expose nettement M. Labbé<sup>1</sup>, nous paraît concluante. Ajoutons qu'il n'est pas vrai de prétendre que la prescription touche principalement à l'exécution de l'obligation et n'a trait qu'accessoirement au droit lui-même. Nous croyons qu'il faut, au contraire, renverser la proposition et dire qu'elle n'agit que par voie de conséquence sur l'exécution, parce qu'elle exerce une influence immédiate et directe sur le droit dont elle limite la durée. Il faut, de l'effet remontant à la cause, voir au-delà de l'impossibilité d'exécuter, et comprendre que, si l'exécution est entravée, c'est par contre-coup et à raison même de l'action exercée sur le droit. Sur ce point, nous nous bornons à renvoyer à ce qui a été dit plus haut, car les motifs qui nous ont fait décider que la prescription constitue une défense au fond et non une simple exception de procédure, peuvent également être invoqués pour légitimer la proposition que nous venons d'émettre<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> S. 69, I. 49.

<sup>2</sup> La jurisprudence admet, en matière de lettres de change, la prescription du lieu où le paiement doit être effectué. Paris, 29 mars 1836, S. 36, 2. 457. Cette opinion, qui était celle de Pothier, *Change*, n° 155, se justifie par des considérations particulières qu'on ne pourrait invoquer pour la prescription

10. — Aux opinions qui précèdent, nous faisons ce reproche adressé déjà et surtout à celle de M. de Savigny, de trop considérer, pour le règlement de la prescription, l'obligation en elle-même, abstraction faite de ses sujets. C'est cette considération qui nous fait écarter aussi bien la loi du pays où l'obligation a pris naissance, que celle du lieu de la poursuite ou de l'exécution, et nous amène à penser que les deux solutions qui méritent *a priori* de fixer l'attention, sont celles qui se rattachent à la loi du domicile des parties contractantes.

Mais, si nous croyons qu'il est nécessaire d'établir, *en principe*, que le délai de la prescription sera réglé par la loi du domicile de l'une des parties, nous sommes également d'avis qu'il est impossible de déclarer, *en principe* aussi, qu'il faudra appliquer cette loi toujours et quoi qu'il advienne. L'exposé même de la doctrine qui se prononce, en tout cas, pour la loi du domicile du créancier, et de celle qui, à l'inverse, admet celle du domicile du débiteur en tous cas encore, va nous convaincre qu'il est des hypothèses où tantôt l'une, tantôt l'autre de ces lois sera inapplicable et qu'on n'aboutit, par suite, à un résultat satisfaisant qu'au moyen d'une combinaison distributive.

11. — Pothier, traitant de la condition de ces choses qui n'ont pas de situation (exemple un meuble), dit qu'elles sont régies par la loi qui régit la personne de celui qui en est propriétaire, c'est-à-dire par la loi du lieu où il a son domicile. C'est donc la loi de ce lieu qui, d'après lui, doit régler la prescription, « car le propriétaire ne peut être dépouillé des choses qui lui appartiennent que par une loi à l'empire de laquelle il soit soumis »<sup>1</sup>. Ce raisonnement, s'il était exact, pourrait, de nos jours, être repris en ce qui concerne les créances.

Nous comprenons le principe posé par Pothier vis-à-vis d'un propriétaire qui n'a pas cédé volontairement sa chose, auquel elle a été volée ou qui l'a perdue, car, en dehors de tout rapport libératoire en général. Le tiré doit, en effet, non pas à une personne déterminée mais au papier, à celui qui sera porteur de la lettre. Il est donc naturel que l'on fasse abstraction de tout autre élément que de celui de l'exécution pour fixer le délai de la prescription. En ce sens, Labbé, *loc. cit.*, Nouguier, *Lettre de ch.* I, n° 477.

<sup>1</sup> Pothier, *Prescrip.*, n° 251, éd. Bugnet, IX, p. 407.

d'obligation, il est bien vrai d'affirmer que le propriétaire ne peut être privé de sa chose que par l'effet de sa propre loi. Mais, quand est intervenu un rapport contractuel, il est impossible de n'envisager les choses qu'au point de vue du créancier, et de soutenir que sa loi nationale seule est compétente pour régler la durée de la prescription. Par cela seul qu'il a contracté avec une personne de nationalité différente, le créancier a consenti à tenir compte, dans une certaine mesure, de la loi de son débiteur. Aussi, lorsqu'il prétendra que la prescription doit être régie par la loi de son domicile, le débiteur lui répondra naturellement que sa libération, à lui, est aussi en cause et ne saurait dépendre uniquement de cette loi. Les deux prétentions étant égales semblent donc se contrebalancer et s'exclure ; il paraît impossible, à moins d'un motif spécial, de préférer le créancier au débiteur.

Mais, font observer ceux qui se déclarent partisans de la loi du débiteur, ce motif spécial existe précisément en faveur de ce dernier. L'obligation, en effet, modifie la condition du débiteur, restreint sa liberté ; or la personne a son siège au domicile, c'est là que juridiquement l'obligation doit produire ses effets. D'autre part, une règle certaine veut que le créancier s'adresse au juge du domicile de l'obligé, pour contraindre celui-ci à exécuter ; et la législation qui sauvegarde les intérêts du créancier, en lui accordant l'action en justice, est naturellement compétente pour régler le délai dans lequel cette action s'exercera, pour protéger le débiteur en opposant la prescription aux poursuites dont il est l'objet. On reprend, en outre, l'argument que nous avons réfuté plus haut, suivant lequel la prescription n'anéantit pas le droit lui-même et met seulement un obstacle à la poursuite ; cet obstacle, dit-on, il convient de l'établir à la loi qui protège le débiteur, à la loi de son domicile.

12. — D'accord tant que le débiteur a conservé le domicile qu'il avait au jour du contrat, les partisans de cette doctrine se divisent quand ce domicile n'est plus le même au jour des poursuites. Les uns admettent que la loi de la prescription est invariablement celle du domicile à la date de la convention ; les autres tiennent compte des changements ultérieurs. La question avait déjà fait doute dans l'ancien droit, et l'on s'y était préoccupé

de la possibilité, pour le débiteur, de faire varier le délai de la prescription, en changeant de domicile. Dunod <sup>1</sup> la repoussait d'une façon énergique, estimant que le débiteur ne pouvait, à son gré, modifier la situation du créancier. D'après Boullenois <sup>2</sup>, il fallait toujours se référer, pour fixer le domicile, à l'époque de la poursuite; mais, si le temps requis par le loi du nouveau domicile était plus court que le temps exigé par celle de l'ancien, il ne permettait de compter que les années écoulées depuis le changement de domicile.

De nos jours, un auteur, qui s'est préoccupé de cette hypothèse, pense qu'il faudra combiner, pour les délais de la prescription, les lois des domiciles successifs du débiteur et compter le temps écoulé sous l'empire de chaque loi, conformément à cette loi <sup>3</sup>. Cette opinion nous paraît, tout d'abord, devoir être repoussée. On comprend, en effet, que l'on puisse hésiter entre la loi du domicile du débiteur au jour où l'obligation a pris naissance et celle de ce domicile au moment de la poursuite, car, dans ces deux cas, la fixation du domicile est déterminée par un événement juridique, dont le législateur prévoit et règle les conséquences, et n'est pas ainsi laissée à l'arbitraire de l'une des parties contractantes. Mais les domiciles intermédiaires, qui sont le résultat d'un pur accident ou du caprice du débiteur, ne sauraient raisonnablement être pris en considération.

13. — Laisant de côté ce système mixte, nous remarquons que ceux qui se prononcent pour la loi du domicile du débiteur au jour des poursuites, répondent de la manière suivante au reproche d'incertitude adressé à leur opinion. Les changements de domicile, disent-ils, d'où résulteront les variations du délai de la prescription, devaient, sans doute, être pris en considération dans l'ancien droit, puisqu'on pouvait facilement supposer un débiteur allant s'établir d'une province dans une autre, et adoptant ainsi la loi d'une coutume nouvelle. Mais, de nos jours, ils ne doivent inspirer aucune crainte, car ils ne peuvent résulter que d'une expatriation. Or n'est-il pas chimérique de redouter que

<sup>1</sup> *Prescription*, part. I, ch. 14, *in fine*.

<sup>2</sup> *Statuts*, I, p. 350.

<sup>3</sup> Bertauld, *Quest. pratiques*, I, p. 116 et 117.

le débiteur ne déplace le centre de ses affaires, de ses intérêts moraux et pécuniaires, ne transporte en un mot son domicile à l'étranger, uniquement dans le but d'obtenir une prescription plus courte! Si, au surplus, il agissait ainsi pour frauder les droits du créancier, les juges pourraient ne pas admettre l'effet de ce déplacement frauduleux sur la prescription, la fraude faisant échec à toutes les règles <sup>1</sup>.

Il est facile de voir qu'en admettant les changements de domicile depuis le contrat et en ne tenant compte que de celui qu'a le débiteur au jour de l'action, on se heurte au même écueil que ceux qui se prononcent pour la loi du pays où s'exerce la poursuite. S'il est excessif que le créancier puisse augmenter le délai de la prescription, en choisissant la juridiction, pourquoi le débiteur aurait-il le droit de le diminuer en changeant de domicile? Sans doute, ces changements seront peu fréquents en pratique; il n'en est pas moins vrai qu'ils pourront se produire, sans que le déplacement ait été inspiré par une pensée frauduleuse. Ainsi l'élément auquel il faut, en tous cas, s'attacher, c'est le domicile au jour du contrat, parce que la loi du lieu de ce domicile, destinée à produire des effets importants sur l'obligation, ne peut varier au gré du débiteur. Il doit y avoir droit acquis, pour le créancier, à la connaître quand il contracte; elle doit demeurer, dès lors, immuablement fixée, sans qu'on ait à tenir compte de variations qu'il a été impossible de prévoir au jour de la convention.

14. — Quelque concluante que semble l'argumentation qui précède contre la doctrine qui admet la loi du domicile du débiteur au jour des poursuites, c'est pourtant en faveur de cette doctrine que paraît se décider, en général, la jurisprudence française. Un arrêt de la Cour de cassation, du 13 janvier 1869 <sup>2</sup>, décide que le débiteur a le droit de se prévaloir des dispositions de la loi de son pays qui peuvent le protéger contre l'action dont il est l'objet et, partant, de la prescription extinctive telle que

<sup>1</sup> Conf. pour la loi du domicile au jour des poursuites : Berroyer et de Laurière sur Duplessis, *Prescript.*, t. I, ch. I. Voët, *Ad pandectas*, lib. 44,

V. n° 12. Bouhier, sur la cout. de Bourgogne, I, p. 595. Patou, sur la cout. de Lille, II, p. 44, n° 8. Dalloz, *Répert.*, v° lois, n° 444. Marcadé, sur l'art. 2219. Leroux de Bretagne, I, n° 14 et suiv. Brocher, *loc. cit.*

<sup>2</sup> S. 69. I. 49.

l'établit cette loi. On relève les mêmes motifs dans l'arrêt le plus récent qui ait été rendu sur la matière, celui de la Cour de Besançon du 11 janvier 1883<sup>1</sup>. Néanmoins, il est permis d'élever des doutes sérieux sur la portée véritable de ces décisions. Le commentateur autorisé de l'arrêt de 1869<sup>1</sup> a fait remarquer, avec raison, que, dans l'espèce soumise à la Cour, le débiteur avait été assigné au lieu de son domicile et que, du contrat au procès, le domicile n'avait point changé. La Cour n'a donc pas eu à se prononcer sur l'hypothèse où il y aurait eu changement de domicile, comme aussi sur le conflit possible entre la loi du lieu de l'action intentée et celle du domicile du débiteur.

En ce qui concerne l'arrêt de Besançon, on s'aperçoit, si on le lit attentivement, que la Cour ne paraît s'attacher au domicile du débiteur que parce que le lieu de ce domicile était également celui de la poursuite en justice ; d'où il est permis d'élever des doutes sérieux sur l'opinion des juges au cas où le débiteur aurait été actionné ailleurs qu'à son domicile.

Quoi qu'il faille penser de la portée véritable de ces décisions judiciaires, nous croyons avoir démontré qu'il est rationnellement inadmissible de tenir compte des variations postérieures au contrat, et que, si l'on veut se décider, en tout cas, pour la loi du domicile du débiteur, il faut envisager ce domicile exclusivement à l'époque de la convention. Ainsi entendue, cette doctrine, parmi celles précédemment examinées, se présente comme la plus sérieuse, parce que son point de départ est exact, comme on le verra. Aussi croyons-nous qu'en thèse c'est à elle qu'il faut se rattacher, sauf à ne pas la suivre dans les conséquences erronées qu'elle a tirées d'un principe vrai. Cette réserve, dont on comprendra plus tard l'importance, une fois faite, entrons dans le développement de notre opinion.

<sup>1</sup> Dal. 83, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> cahier, 2<sup>e</sup> partie, p. 211. Conf. dans le même sens : Paris, 28 fév. 1881 : *Droit*, 16 mars 81 ; examen doctrinal de la *Revue critique* sur la jurisprud. en dr. int. pr., 82, p. 714 et s. et p. 725, 726. — Sénat dirigeant de Varsovie en 1865 et 1868 (depuis cette jurisprudence a changé) ; *Jour. de dr. int. pr.*, 74, p. 333. Cour d'appel de Cologne, 14 déc. 1840 et Cour de cassat. de Berlin, 8 oct. 1838, *Archives*, t. 30, part. I, p. 135 et s. Haute-Cour des Pays-Bas, 2 avril 1874 ; *Jour. de dr. int. pr.*, 1874, p. 141 et s. Tribunal du canton de Vaud, 11 janvier 1882 ; S. 82. 4. 41. P. 82. 2. 65.



15. — Lorsque deux personnes contractent ensemble, le bon sens et la raison veulent qu'elles se renseignent au sujet de leur condition respective. Le créancier devant ainsi connaître la loi du débiteur et le débiteur la loi du créancier, aucun d'eux ne pourra se plaindre si on applique, pour le règlement de la prescription, celle des deux lois qui en fixera le délai de la façon la plus conforme au but poursuivi par l'institution, car, la prescription libératoire étant basée sur l'intérêt de tous, cet intérêt doit faire fléchir nécessairement devant lui les intérêts privés.

Et, quand nous parlons de l'intérêt de tous, nous nous servons à dessein, d'une expression large qui rend parfaitement notre pensée. Il est, en effet, des principes qui touchent seulement à l'intérêt général de tel ou tel peuple, à son ordre public interne; ces principes, les peuples qui les admettent en organisent le fonctionnement de la façon qu'ils croient la plus convenable et ils imposent les règles qu'ils ont tracées à ceux qui habitent le territoire, sans distinction entre les nationaux et les étrangers. Ainsi une nation, qui estime que son ordre public et son intérêt général nécessitent l'indissolubilité du mariage, interdit chez elle le divorce aux étrangers aussi bien qu'à ses sujets, tandis que celle qui admet le divorce le permet naturellement aux étrangers comme à ses nationaux. Cette manière de voir, appliquée à la prescription libératoire, conduirait à décider que chaque État est souverain pour fixer, comme il l'entend, les règles de la prescription, quand on l'invoque devant ses juridictions, et notamment pour en déterminer le délai, quelle que soit la nationalité de ceux qui veulent s'en prévaloir. Ce point de vue serait inexact, car il existe, à côté des principes auxquels nous venons de faire allusion, d'autres principes dont les applications échappent à la réglementation exclusive d'un État, parce qu'ils participent non pas de son intérêt général seul, mais de l'intérêt de tous les États. On les reconnaît naturellement à ce signe qu'ils sont admis d'un accord unanime par l'ensemble des peuples civilisés. C'est parmi les institutions qui en découlent que nous paraît devoir être rangée la prescription libératoire, si l'on envisage le but qu'elle se propose. Elle a, en effet, pour rôle de mettre un terme aux litiges et de consolider les situations

douteuses, en rendant légal et définitif l'état de liberté présumé, dès qu'il s'est écoulé un espace de temps suffisant pour faire considérer comme vraisemblable la renonciation du créancier à son action ou la libération du débiteur; aussi, tous les peuples, sans exception, admettent-ils la prescription libératoire comme une suite indispensable de la possibilité pour tout le monde d'être partout créancier et débiteur.

Ce caractère d'intérêt universel, que nous venons d'assigner à la prescription libératoire, nous amène naturellement à conclure que, dans les rapports de ses nationaux avec les étrangers, un État doit faire abstraction de sa loi nationale pour appliquer la législation qui, dans l'espèce, assure le mieux le but de cette prescription, c'est-à-dire celle qui se montre plus favorable à l'obligé qu'au créancier et qui, présumant l'état de liberté de préférence à l'état d'obligation, libère le plus rapidement le débiteur. Voilà le terrain de conciliation sur lequel peut se réaliser, dans la question qui nous occupe, l'unité du droit international privé. Le conflit cessera le jour où les jurisconsultes s'entendront pour faire prédominer, dans l'organisation de la prescription libératoire, les principes de cet intérêt général qui ne connaît pas de frontières et qui, servant de base à la prescription, paraît tout naturellement appelé à en régir aussi le délai.

Si nous nous plaçons au point de vue des législations positives, il semble que la solution que nous proposons ne doive pas rencontrer de grandes résistances. Les droits nationaux consacrent, en effet, en général, le principe qu'il faut, dans le doute, préférer le débiteur au créancier, se montrer plus favorable à l'état de liberté, qui est la règle, qu'à l'état d'obligation qui est l'exception. C'est spécialement en ce sens que se décide notre droit français, et, de là, nombre de dispositions du Code civil, parmi lesquelles on remarque celles des articles 1162, 1187, et 1602. On pourra objecter peut-être que l'article 1315 du même code dispose que : « celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de l'obligation », et dire que, si le doute s'interprète en faveur du débiteur quand le créancier ne fait pas la preuve de la dette, il s'interprète, au contraire, en faveur de ce dernier, quand, la dette prouvée, le dé-

biteur ne prouve pas sa libération. Cette proposition, dont nous reconnaissons toute l'exactitude, ne va nullement contre notre manière de voir. Sans doute, le débiteur, qui invoque la prescription comme ayant opéré l'extinction de son obligation, doit faire la preuve que le temps nécessaire s'est écoulé sans interruption de la part du créancier. Mais, quand il a ainsi prouvé que la condition voulue a été remplie pendant le délai requis par la loi qu'il invoque (selon nous la loi la plus courte), et que le créancier prétend faire appliquer une autre loi ayant des délais plus longs, quelle preuve nouvelle pourrait-on mettre à la charge du débiteur? On se trouve en présence de deux affirmations contraires; il y a doute, si l'on croit avec nous qu'aucun des systèmes jusqu'ici proposés ne donne la clef du problème; et, dans le doute, on se prononce en faveur de l'obligé.

16. — Ceci dit sur le principe, si nous en faisons l'application pour le justifier en fait dans les hypothèses diverses qui peuvent se présenter, nous voyons que les situations à prévoir sont au nombre de deux. Ou la loi du domicile du créancier et celle du domicile du débiteur admettent des délais égaux, ou bien ces délais sont d'inégale durée. Si la durée est égale, aucune difficulté ne peut s'élever; si elle est inégale, il faut distinguer.

Supposons, tout d'abord, que c'est la prescription du lieu du domicile du créancier qui est la plus longue et celle du pays du débiteur la plus courte. C'est, par exemple, un créancier russe qui a fait à un Français une fourniture de bijoux. Sans difficulté, nous appliquerons le délai de la loi française, qui est d'un an, et non celui de la loi russe, qui est de dix ans, car, la législation du débiteur étant en même temps celle dont la prescription est la plus rapide, toutes les considérations ci-dessus indiquées nous conduisent à ce résultat.

Prenons maintenant l'hypothèse inverse. C'est le Français qui est le créancier et le Russe le débiteur; la prescription est invoquée; suivant nous, elle sera d'un an, encore, selon la loi française, toujours d'après notre principe, puisque celle-ci admet le délai le plus court. En cette circonstance, nous nous séparons nettement, on le voit, de l'opinion qui se décide, en tout cas, pour la loi du domicile du débiteur, la loi russe dans l'espèce.

Comment se fait-il que nous arrivions à un résultat diamétralement opposé, partant du même principe ? En effet, quand on admet en tout cas, la loi du domicile du débiteur, c'est en général, parce qu'on veut se montrer plus favorable à son égard que vis-à-vis du créancier ; « attendu, a dit, en ce sens, la Cour de Cassation dans l'arrêt de 1869, que le débiteur a le droit de se prévaloir des dispositions de la loi de son pays, qui peuvent le protéger contre l'action dont il est l'objet... ». La différence des solutions provient de ce qu'il faut bien se garder, à notre avis, de poser en thèse qu'on appliquera toujours au débiteur la loi de son domicile et cela dans son intérêt. Ce n'est pas *in abstracto*, d'une façon générale et impersonnelle qu'on doit rechercher où est l'avantage du débiteur, car cette manière de voir, exacte en apparence dans son principe, conduit dans le cas qui nous occupe à préférer le créancier au débiteur ! La protection accordée à celui-ci par l'adoption de la loi de son domicile se traduit, en effet, dans l'espèce, par neuf ans de plus accordés au premier pour agir ! Ainsi le créancier profite de ce que tout le monde appelle un *bénéfice introduit exclusivement en faveur du débiteur*, une *exception créée pour ce débiteur seul*, que d'aucuns même qualifient de *punition infligée au créancier* ! Singulier bénéfice que celui qui vient en aide à celui contre lequel il a été admis, singulier châtement qui augmente les droits de celui qu'il est destiné à punir ! C'est donc *in concreto*, dans chaque hypothèse particulière qu'il faut rechercher l'intérêt véritable de l'obligé, sans établir *a priori* de règle générale ; et l'on sera ainsi amené, suivant les cas, à appliquer des lois différentes, mais toujours en vertu du même principe qui consiste à choisir la prescription la plus courte.

Du reste, qui pourrait se plaindre du résultat auquel nous aboutissons, dans notre dernière hypothèse ? Le débiteur est plus tôt libéré, et le créancier se trouve soumis à la législation qui doit lui inspirer le plus de confiance, puisque c'est celle de son pays !

17. — Nous avons débuté, en entrant dans l'exposé de notre système, par cette proposition : les parties doivent s'enquérir de leurs lois respectives, de façon que, connaissant celle qui admet le délai le plus court, elles sauront ainsi, au moment même du

contrat, quelle est celle qui, le cas échéant, sera appliquée. On comprend, dès lors, pourquoi nous avons repoussé si énergiquement la doctrine qui, tenant compte des changements postérieurs à la convention, se place au jour des poursuites pour déterminer le domicile du débiteur. Nous nous bornons maintenant à renvoyer aux arguments que nous avons déjà exposés, et, les généralisant, nous concluons que l'on doit envisager, pour régler la prescription, les domiciles des parties à l'époque de la convention, et suivre la loi de celui de ces domiciles qui fixe les délais les plus courts.

Il reste, pour compléter la discussion, une dernière difficulté à examiner. Nous avons supposé, dans ce qui précède, que la loi du domicile auquel on se rattachait pour le règlement de la prescription était, en même temps, la loi nationale soit du débiteur, soit du créancier. Or, si nous raisonnons dans l'hypothèse où le domicile ne concourt pas avec la nationalité, se pose la question de savoir si l'on doit, pour rechercher la prescription dont le délai est le plus court, envisager la nationalité plutôt que le domicile<sup>1</sup>. C'est, à notre avis, au domicile qu'il faut avoir égard. On peut bien, en effet, faire prédominer le principe de la nationalité dans les rapports de famille, dans les questions d'état et de capacité, en un mot dans l'ensemble de ces règles qui constituent le statut personnel, parce que l'on estime que les éléments complexes dont il se compose ne peuvent être régis que par une loi unique, la loi nationale. Mais nous croyons que c'est, au contraire, le principe du domicile qui doit l'emporter, dans les rapports créés par les intérêts pécuniaires et spécialement par les obligations. Un étranger contracte dans un pays ; il doit s'enquérir de la condition juridique de son co-contractant, savoir s'il est majeur, capable et maître de ses droits, si, d'autre part, il a, dans ce pays, un domicile légal et non une simple résidence. Ce sont là des investigations faciles. Lui imposera-t-on, en outre, la recherche de la nationalité ? Mais il est des pays où un étranger aura gardé sa nationalité, tout en y ayant fixé depuis des années son domicile, tout en y ayant peut-être gardé le domicile qu'y avaient déjà eu ses auteurs ! Du reste, au point de vue juridique, il existe, entre le domicile considéré comme le siège des droits

<sup>1</sup> En ce sens : Bourdon, *Dr. int. pr.*, p. 271.

d'une personne et cette personne elle-même, un lien tellement intime qu'il doit exorcer sur la naissance et l'extinction de ces droits une influence qu'on ne peut méconnaître. La personne, en effet, est censée y résider habituellement; c'est là qu'est le centre de sa vie juridique et spécialement des obligations qu'elle contracte. Cette influence qui détermine la compétence doit aussi avoir son effet sur la prescription, qui, nous l'avons dit, agit sur l'action parce qu'elle détruit le droit lui-même. Il convient donc de se rattacher, pour en déterminer le délai, au domicile plutôt qu'à la nationalité.

A. MÉRIGNHAC.

## BIBLIOGRAPHIE.

### L'ÉDIT PERPÉTUEL RESTITUÉ ET COMMENTÉ<sup>1</sup>

Par M. Louis JOUSSERANDOT,

Professeur de Pandectes à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

Compte-rendu par M. Henri PASCAUD, Conseiller à la Cour d'appel de Chambéry

On sait qu'à Rome le préteur publiait chaque année en entrant en fonctions un édit contenant les règles juridiques qui devaient le guider dans l'exercice de sa magistrature. Puisant dans son *imperium* l'autorité nécessaire pour corriger et modifier le droit civil, il a durant une période de près de cinq siècles éludé et méconnu au profit de l'équité les rigoureuses prescriptions des vieilles lois quiritaires, sans jamais les attaquer directement, et c'est ainsi que s'est formé ce droit si universellement admiré qu'on l'a appelé « la raison écrite ». Cette lente et remarquable évolution du génie romain a revêtu sa forme définitive dans l'Edit perpétuel rédigé par le préteur Salvius Julianus d'après les ordres de l'empereur Hadrien. OEuvre d'un éminent jurisconsulte, ce document législatif laissant de côté tout ce qui dans la jurisprudence prétorienne était tombé en désuétude n'avait maintenu en vigueur que les dispositions appropriées aux besoins du temps. Il formait un vaste *corpus juris civilis* qui sanctionné par un sénatus-consulte était devenu obligatoire pour tous les tribunaux.

Malheureusement pour la science, l'Edit perpétuel s'est perdu. Nombre de juristes, Ranchin, Heineccius, Van Giffen, Bouchaud,

<sup>1</sup> 2 vol. in-8.

Rudorff se sont efforcés de le reconstituer avec les débris qu'on trouve épars dans le Digeste, avec les indications données par les compilateurs et avec les fragments de commentaires qui ont survécu. Mais cette restitution n'a été qu'incomplète et souvent même conjecturale.

Plus heureux que ses devanciers, notre compatriote M. Jousse-  
randot, grâce à une méthode scientifique rigoureuse, à une éru-  
dition éclairée, à des recherches patientes et approfondies, est  
parvenu à opérer la reconstitution d'un ensemble de dispositions  
concernant le droit civil prétorien qui se rapproche autant qu'il  
est possible de l'œuvre de Salvius Julianus. Les jurisconsultes de  
l'époque classique avaient commenté l'Édit perpétuel. Tribonien  
et les compilateurs de la législation Justinienne ont fait de nom-  
breux emprunts à ces commentateurs en indiquant au Digeste la  
partie de leurs ouvrages où ils avaient été puisés. Par suite, l'au-  
teur a pu retrouver les fragments des Ulpien, des Paul, des  
Gaius et autres, nécessaires pour la restitution du texte. L'ordre  
adopté par l'Édit étant celui que devaient suivre les compilateurs,  
ainsi que cela résulte de la première préface du Digeste, et  
l'ordre suivi au Digeste étant le même que celui des commentaires,  
M. Jousse-  
randot a dû rationnellement dans son travail de recons-  
titution et de coordination admettre le classement des matières  
tel qu'il était établi dans les livres des commentaires.

L'ouvrage se divise en deux parties : l'une comprend l'en-  
semble du droit prétorien, et l'autre intitulée : *De remediis a præ-  
tore introductis*, traite des interdits, des exceptions, des stipula-  
tions prétoriennes, moyens que le magistrat mettait au service de  
l'équité pour tempérer l'âpreté du droit quiritaire. La première  
partie est composée de trois livres ; *præparatoria judiciorum*,  
*de judiciis omnibus* et *de executionibus*. Chacun de ces livres  
est partagé en titres consacrés aux matières nombreuses et com-  
plexes qui forment le droit civil. La seconde partie ne comprend  
que trois titres dont la teneur vient d'être indiquée ci-dessus.  
M. Jousse-  
randot donne les textes en indiquant les sources : il en  
fait le commentaire, puis il reconstitue les formules dans lesquelles  
le préteur traçait au *judex* la mission qu'il devait remplir. En les  
lisant, on est amené à reconnaître qu'en pareille occurrence les

juges contemporains n'auraient rien de mieux à faire que de s'y conformer. Enfin des notes nombreuses mises au bas de chaque page permettent de contrôler le mérite et l'exactitude des documents dont s'est servi l'auteur. C'est là évidemment la meilleure des méthodes pour un ouvrage d'érudition.

Après l'édit perpétuel, M. Jousserandot reproduit et commente l'édit des édiles curules. Un premier édit régleme les ventes d'esclaves et d'animaux et les actions rédhitoires qui s'y rattachent. Un second édit est relatif à la police des lieux publics et aux dommages qu'y peuvent causer les animaux. Enfin l'ouvrage se termine par le texte sans commentaire de l'édit perpétuel tel qu'il a été reconstitué.

Une analyse détaillée des deux volumes de M. Jousserandot nous étant impossible, faute d'espace, nous devons nous borner à signaler ce qu'il y a de plus saillant. La question des juridictions nous présente certains principes généraux bons à indiquer. Comme chez nous, c'est le montant de la demande et non le quantum de la dette qui détermine la compétence. Mais à l'inverse de ce qui est admis par notre législation, dans le droit romain, c'est la contestation, l'élément contentieux qui saisit le préteur, quel que soit la nature de la matière litigieuse. « *Ubi-cumque causæ cognitio est, ibi prætor desideratur.* » Que nous sommes loin de cette unité de juridiction qu'une conception erronée du principe de la séparation des pouvoirs nous empêche d'établir ! L'auteur, dans son livre sur le pouvoir judiciaire publié, il y a quelques années, a mis en relief tous les avantages qu'offraient la suppression des juridictions multiples.

Les questions intéressantes qui se réfèrent au testament inofficieux, à sa rescision, à la pétition d'hérédité, les développements consacrés à la propriété et à la revendication des universalités de biens se recommandent à l'attention du lecteur. Nous signalerons encore le titre *de re familiari* où sont traités les divers modes de mariage usités à Rome, la dot et les tutelles, ces deux institutions marquées si profondément de l'empreinte du génie romain, mais surtout la possession de biens. Introduite par le préteur *adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia*, elle a eu pour but d'assurer le triomphe de l'équité sur le droit strict



en créant, parallèlement aux successions déférées par la loi seule les successions prétoriennes dévolues en vertu de l'édit du préteur. L'auteur consacre plus de cent pages à cet important sujet qui comprend la possession des universalités de biens, des choses immobilières, des objets mobiliers et des esclaves.

La matière des interdits n'offre pas un moindre intérêt. C'étaient des moyens imaginés par le préteur pour venir en aide à l'équité. Tous procèdent par voie de commandement en vertu de l'*imperium* de ce magistrat. Je vous défends ou je vous ordonne de faire telle chose. Telle est la formule adoptée. Les interdits remontent aux premiers temps du droit romain. Quelle en est l'origine ? Le législateur a-t-il oublié de formuler certains principes ou bien a-t-il laissé systématiquement dans son œuvre des lacunes que le préteur a eu mission de combler ? Non, dit M. Jousserandot, il n'a été ni coupable d'un tel oubli, ni capable d'un pareil système. Le droit romain primitif suffisait aux hommes primitifs pour lesquels il était fait, étant donnée la simplicité des rapports qui existaient entre eux. Plus tard, ces rapports s'étant compliqués, il fallut faire face aux nécessités juridiques qui en étaient dérivées. De là les interdits.

L'édit perpétuel auquel son auteur a consacré plusieurs années d'un labeur assidu forme une synthèse complète du droit romain à l'époque classique. Le commentaire exégétique de chacun des textes est caractérisé par une connaissance approfondie de la matière, de l'histoire et des phases multiples de la législation qui ritaire à laquelle se joignent des vues personnelles souvent ingénieuses. La lecture de l'ouvrage est attrayante et facile. Ce sont là des qualités qui rendront le livre de M. Jousserandot très précieux pour les étudiants qui se préparent au doctorat. Mais tous les amis de la science liront avec profit cet intéressant travail.

H. PASCAUD.

LES INSTITUTIONS POLITIQUES DES ROMAINS, ou Exposé historique des règles de la constitution et de l'administration romaines depuis la fondation de Rome jusqu'au règne de Justinien <sup>1</sup>, par M. J.-B. MISPOULET.

Compte-rendu par M. G. MAY, professeur à la Faculté de droit de Nancy.

Le livre de M. Mispoulet vient à son heure. L'étude des insti-

<sup>1</sup> 2 vol. 1882-1883.

tutions politiques des Romains était jusqu'à présent restée trop négligée. L'histoire des faits et celle des lettres, tels étaient avec le droit privé les seuls aspects sous lesquels notre enseignement public nous laissait entrevoir la vie romaine. Ni les lois générales du développement de la Constitution, ni la théorie des magistratures, non plus que les diverses matières du droit public n'étaient l'objet d'une étude systématique et suivie. De là une stérilité presque absolue de notre production littéraire dans ces matières, où, comme trop souvent, nous en étions réduits à nous faire les tributaires de la science étrangère<sup>1</sup>. Ce qui faisait surtout défaut à ceux qui sont curieux de ce genre de recherches, c'était un ouvrage élémentaire où sous une forme synthétique se trouvent condensés tous les résultats définitivement acquis à la science, les points douteux mis en évidence, les sources originales et la bibliographie rapportées avec exactitude. Les cours spéciaux consacrés maintenant dans nos Facultés des lettres aux institutions romaines suggéreront sans doute l'idée d'ouvrages de ce genre. C'est à un juriste toutefois que revient l'initiative du premier essai. Non pas que M. Mispoulet ait pu puiser dans l'enseignement de nos Facultés de droit les notions préliminaires indispensables pour mener à bonne fin un travail d'aussi longue portée. Le programme des études juridiques arrêté à l'avance uniquement en vue d'un système particulier d'examens ne comporte pas un enseignement que des considérations d'utilitarisme étroit feraient considérer par beaucoup comme un luxe inutile. Mais M. Mispoulet a senti par lui-même tous les avantages que la science du droit romain privé pourrait retirer d'une étude approfondie des institutions politiques.

Il ne faut pas sans doute s'exagérer l'influence que le droit public a pu exercer sur les diverses matières du droit privé. De bonne heure, l'esprit analytique des Romains a su établir une séparation très marquée entre ces deux branches de la législation. C'est grâce à ce divorce, que tandis que le droit public subissant le contre coup des vicissitudes politiques les reflète dans leur va-

<sup>1</sup> Nous citerons particulièrement comme ayant à l'étranger l'autorité la plus solidement reconnue : le manuel de Mommsen et Marquardt, le nouveau livre de Madvig sur l'État romain dont une traduction française vient de paraître, le traité de Willems et l'ouvrage dû à Padeletti.

riété incessante, et jamais ne paraît avoir réussi à trouver sa formule définitive ; le droit privé au contraire échappant à ces variations a poursuivi en toute liberté son évolution lente, a pu développer sûrement sa méthode et dégager pleinement les grands principes qui sont encore aujourd'hui le fond des doctrines juridiques modernes. Néanmoins, malgré la diversité de leurs destinées, ces deux droits ont conservé de nombreux points de contact. L'histoire des sources du droit, l'organisation judiciaire et la procédure, la condition des personnes, et dans une certaine mesure celle des biens se rattachent intimement au droit public. Les romanistes consulteront avec fruit M. Mispoulet sur ces questions.

D'autres viendront après lui qui pourront être plus complets et plus érudits, plus maîtres de leur sujet ou plus méthodiques dans la distribution des matières, mais l'œuvre consciencieuse dont l'auteur vient de doter la science n'en conservera pas moins le mérite d'avoir ouvert une voie où, chez nous, du moins, il ne trouvait pas de devanciers. L'érudition y est de bon aloi, puisée aux meilleures sources et aux plus abondantes. Les solutions dans ces matières où presque tout est sujet à controverse nous ont paru s'appuyer sur les arguments les plus solides. La discussion d'opinions dûes à des maîtres éminents comme Mommsen est conduite en pleine indépendance de vues, avec vigueur et non sans originalité.

Le premier volume est consacré à la Constitution. S'attachant à l'ordre historique, l'auteur après avoir exposé les institutions primitives et la Constitution de Servius Tullius, passe à une étude approfondie du régime républicain. L'Empire sous sa première forme, le principat, puis sous un aspect définitif de monarchie absolue, forme la fin du tome. Nous signalerons spécialement la dissertation en forme d'appendice sur la *Lex de Imperio Vespasiani* et les recherches sur la Constitution du Bas-Empire où M. Mispoulet, abandonné de ses guides habituels, a dû n'avoir recours qu'à lui-même. Quant au second volume, intitulé *l'Administration*, il renferme une série d'études détachées sur les institutions d'ordre administratif, l'organisation territoriale, l'état des personnes, l'organisation financière, militaire, religieuse et judiciaire. Prise isolément, chacune de ces monographies juxta-

posées, donne une notion sommaire, généralement complète de la matière. On peut remarquer cependant que trop souvent l'auteur s'est laissé absorber par le détail. L'idée dominante de l'institution n'est pas assez vigoureusement accusée dans ses contours. On eût voulu voir aussi ces divers sujets rattachés les uns aux autres, ou disposés dans une ordre qui ne parût pas l'effet du hasard. Pourquoi, par exemple, les développements si intéressants que peut fournir l'étude de la religion sont-ils relégués à l'arrière plan, après qu'on a parlé depuis longtemps des magistratures et des assemblées, après l'organisation territoriale, financière, militaire ? N'y avait-il pas, au point de vue du plan, quelque parti à tirer de la définition d'Ulpien : *Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit* (1, § 2, D. De Just. et Jure.) ? Nous en disons autant de la condition des personnes coupée en deux tronçons, dont le premier figure dans l'exposé des institutions primitives, et le second se trouve égaré, sans motif apparent, au milieu des matières d'administration. Des recherches nouvelles permettront à M. Mispoulet de corriger ces déficiences et lui suggéreront un plan plus méthodique et peut-être plus original.

Nous attendons aussi la seconde édition de l'ouvrage pour en voir disparaître des imperfections typographiques trop nombreuses, qui déparent l'œuvre, embarrassent les recherches, et pourraient par leur fréquence inspirer des doutes sur la valeur de l'appareil scientifique qui a servi à l'édifier <sup>1</sup>. G. MAY.

<sup>1</sup> Plusieurs de ces imperfections ont déjà été signalées dans d'autres Revues et nous aurions mauvaise grâce à insister. Nous avons noté au passage : Tome I, p. 281 note 12, Gaius I, 14 cité au lieu de G. I. 5, même tome p. 46, note 1, un extrait de Denys d'Halicarnasse (IV, 21) transcrit avec un nombre beaucoup trop grand de fautes. Tous les textes grecs cités ont besoin d'ailleurs d'être soumis à une sévère révision, tant au point de vue de l'accentuation qu'au point de vue de la pureté du texte. — Tome II, p. 171, note 1, Gaius I, 67, au lieu de G. I, 78. Au texte M. Mispoulet parle, p. 171, d'une loi que sur la foi d'Ulpien il appelle loi *Mensia*. La nouvelle lecture du manuscrit de Gaius la désigne sous le nom de *Lex Minicia* (G. I, 78), il eut été bon de signaler cette dénomination peut-être plus exacte.

---

L'Editeur-Gérant : F. PICHON

---

Paris. — Impr. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, et 24, rue Soufflot.

## EXAMEN DOCTRINAL

---

### - DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE D'ENREGISTREMENT.

Par M. Ch. TESTROUD, professeur à la Faculté de Droit de Grenoble.

#### I.

IMPÔT SUR LE REVENU DES VALEURS MOBILIÈRES. — COMMANDITE PAR ACTIONS. — DISTINCTION DES ACTIONS ET DES INTÉRÊTS. — (Cass. 13 mars 1882. — *Journal du Palais*, 1883, p. 786).

Une loi du 1<sup>er</sup> décembre 1875, relative à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, a donné un intérêt nouveau à la controverse légendaire qui se poursuit sur la distinction des actions et des intérêts. Cette loi, on le sait, exonère d'abord de la taxe sur le revenu, les parts d'intérêts dans les sociétés commerciales en nom collectif. Cette partie de la loi est étrangère à l'arrêt sur lequel nous voulons présenter des observations. De plus la même loi régleme la perception en ce qui touche « les sociétés en commandite dont le capital n'est pas divisé par actions. » Le 3 0/0 n'est alors exigible que sur le montant de la commandite. La même faveur n'est pas accordée aux sociétés en commandite dont le capital est divisé par actions. « Les dispositions de la loi du 29 juin 1872 s'appliquent alors à tout le capital, à toutes les actions. » Donc, à ce nouveau point de vue, exclusivement fiscal, il importe de ne pas confondre les actions avec les intérêts.

L'arrêt précité a eu à se prononcer sur le point de savoir quelle était la nature des parts dans le capital d'une société. Etaient-elles des actions dont les dividendes devaient subir l'impôt sur le revenu? Le problème à résoudre était évidemment plutôt de droit commercial que de droit fiscal. La Cour suprême a jugé que dans l'espèce qui lui était soumise le capital social avait été divisé en actions.

Diverses circonstances de fait commandaient la solution qui a prévalu. C'est ainsi que les parties intéressées elles-mêmes

avaient donné à leur société le titre de société en commandite par actions. Plus tard, postérieurement aux réclamations de la Régie, elles avaient cherché à la convertir en une commandite simple, au moyen de quelques modifications introduites dans les statuts. Il n'y avait donc apparemment de leur part aucune illusion sur la nature légale de leurs droits.

Il est vrai que les termes employés pour qualifier les parts d'intérêt ne prouvent rien, si la nature des droits ainsi qualifiés y répugne. Ceci nous amène à l'argument qui servait de point d'appui à la résistance des redevables, argument qui n'était pas dépourvu d'intérêt juridique. Un article des statuts prévoyait le cas où un actionnaire céderait une ou plusieurs actions à une personne non encore actionnaire et n'étant pas parente du cédant au moins au 2<sup>e</sup> degré. Dans cette éventualité, les deux fondateurs administrateurs de la société avaient le droit de « retirer » les actions cédées, pour un prix égal à 18 fois le dividende distribué lors du précédent bilan. C'était là un grave obstacle à la circulation des actions.

Était-ce une raison pour admettre que les parts sociales n'avaient plus des actions que l'apparence ?

M. Voisin, conseiller rapporteur, et la Cour de cassation ne l'ont pas pensé. La circulation possible et normale des titres paraît être le signe caractéristique des actions et cette circulation, quoique entravée par la clause que nous avons rapportée plus haut, n'en pouvait pas moins avoir lieu. Elle était même prévue par les statuts, comme un fait naturel. La restriction à la transmissibilité ne devait en effet se produire que dans une hypothèse fort large, il est vrai, mais enfin n'embrassant pas toutes les cessions. Il fallait que le cessionnaire fût étranger et non parent au deuxième degré du cédant. De plus, les administrateurs de la société devaient se prévaloir de leur droit de préemption dans les soixante jours suivant ce transport. Passé ce délai, la transmission constituait un fait accompli, sur lequel les administrateurs ne pouvaient plus rien. Les titres pouvaient donc circuler et il était prévu qu'ils devraient circuler. C'étaient donc toujours des actions.

La décision de la Cour de cassation est notable à deux points

de vie : d'abord, elle suppose et on peut même dire qu'elle indique le trait qui distingue l'action de l'intérêt. L'action, par son essence, est destinée à circuler, tandis que l'intérêt aurait un caractère plus personnel. Donc, il ne faut pas, en cette matière, chercher un criterium dans les modes de négociation non plus que dans l'égalité des coupures.

En second lieu, l'arrêt qui vient d'être analysé nous prouve que les obstacles mis par les statuts à la transmissibilité des titres, pourvu qu'ils ne soient pas absolus et insurmontables, ne dénaturent pas les actions et ne les font pas passer dans la catégorie des intérêts.

La même théorie avait déjà été consacrée par la Cour de cassation (Civ. 27 mars 1878, — J. d. P. 1878, page 686) à propos de la société de la Belle Jardinière, mais dans des circonstances beaucoup moins délicates. Les transmissions faites à des tiers d'actions à la Belle Jardinière étaient subordonnées à un vote de l'assemblée générale.

Ainsi s'établit, avec une fermeté tous les jours plus grande, la doctrine de l'École de Paris sur la distinction des actions et des intérêts. (Voir M. Beudant, *Revue Critique*, tome XXXIV, page 134 et suiv. — MM. Lyon Caen et Renault, *Précis de Droit commercial*, n° 372, p. 182).

## II.

DÉCLARATION D'UN DON MANUEL, DANS LES MOTIFS D'UNE DÉCISION JUDICIAIRE. — (Cass. civ. 8 août 1883. — *Journal du Palais*, 1883, p. 307).

Un jugement prononcé dans un procès en séparation de corps mentionne dans un de ses considérants un don manuel entre époux. Le tribunal conclut de cette circonstance que tous les griefs antérieurs ont été effacés par le pardon et que la demande en séparation ne peut plus avoir pour appui que des événements postérieurs.

Le débat engagé entre les époux n'avait donc pas porté sur le fait même de la libéralité, accidentellement rappelée par les magistrats dans les motifs de leur décision. Son existence avait simplement été alléguée pour faire disparaître certains griefs, et

à titre de fin de non recevoir. Était-ce le cas d'appliquer l'art. 6 de la loi du 18 mai 1850, aux termes duquel « les actes contenant soit la déclaration par le donataire ou ses représentants, soit la reconnaissance judiciaire d'un don manuel, seront soumis au droit de donation. »

Notre arrêt décide que l'exigibilité du droit de don manuel n'est pas subordonnée à la condition que la reconnaissance judiciaire soit susceptible de créer un lien de droit entre le donateur et le donataire. « Cette exigibilité résulte de l'existence seule de l'acte judiciaire établissant le fait de la transmission, alors même que cet acte ne serait pas pour les parties un titre véritable, et sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de la valeur juridique du don reconnu. »

Nous nous étions déjà rallié à cette interprétation dans notre examen doctrinal de 1882 (*Revue critique*, 1882, p. 389). L'arrêt du 1<sup>er</sup> février 1882 statuait, dans un cas de reconnaissance de don manuel par le donataire. La commission administrative d'un hospice avait sollicité et obtenu l'autorisation d'accepter des dons anonymes assez importants. Malgré l'incognito dont s'était couvert le donateur, malgré les doutes que l'on pouvait garder sur le point de savoir si les dons anonymes étaient sincères ou dissimulaient des restitutions, la Cour de cassation appliqua l'art. 6 de la loi du 18 mai 1850.

Il s'agissait, dans l'espèce jugée par le nouvel arrêt, d'une reconnaissance judiciaire intervenue au cours d'un procès entre le donateur et le donataire. La solution, ce nous semble, devait être la même.

On faisait remarquer, dans l'intérêt des redevables, d'abord que la reconnaissance en question ne formait pas titre entre les parties. C'était l'objet d'un des considérants de l'arrêt; mais, comme on l'a dit, ce n'était pas sur ce point que les débats avaient porté. Ce n'était pas la question d'existence du don manuel qui avait été tranchée. — Ensuite, on discutait sur la validité légale du don manuel lui-même. On le disait nul, par des motifs tirés de la nature du régime nuptial adopté par les époux.

Ecartons la dernière objection. Il est de principe constant



que l'agent doit percevoir les droits sans s'inquiéter de la régularité des actes soumis à la formalité. Il n'a pas à se constituer juge de questions qui peuvent être fort délicates.

*« Non nostrum inter vos tantas componere lites. »*

Restait la première considération invoquée contre le fisc. Elle ne se soutient pas davantage. Il n'est en effet pas besoin, cela résulte du texte même de l'art. 6, que la manifestation officielle d'un don manuel fasse titre entre les parties.

S'il s'agit de reconnaissance, le principe est aussi certain que possible, car l'art. ne parle que de la reconnaissance émanée du donataire ou de ses représentants. Il n'y a point là de titre régulier contre le donateur, qui est demeuré étranger à la déclaration ou reconnaissance ; néanmoins, la perception doit avoir lieu. « Le droit de don manuel, disions-nous, dans notre revue de 1882, (page 390) n'est pas subordonné à l'existence prouvée d'un contrat régulier. La déclaration ou reconnaissance du donataire est nécessaire, mais suffisante. Il ne faut rien de plus... » Nous avons du reste expliqué jadis, d'après les travaux préparatoires, les raisons qui recommandaient l'adoption de cette thèse aux auteurs de la loi de 1850.

Serait-il logique qu'il en fût autrement en matière de reconnaissance judiciaire ? « Le droit, dit la Cour de cassation, dans son arrêt du 8 août 1882, est exigible non sur la mutation résultant du don manuel et considérée dans son existence indépendante de l'acte judiciaire, mais sur l'acte lui-même à raison de la reconnaissance du don manuel dont il déclare le fait. C'est donc cet acte qui seul rend le droit exigible, abstraction faite des circonstances particulières qui ont pu déterminer le donateur ou des conditions dans lesquelles s'est effectuée la mutation résultant du don. »

On aurait pu ajouter une considération de fait très simple et très décisive. Le juge n'avait mentionné le don manuel que parce que les deux époux au cours de leurs débats en avaient d'un commun accord avoué l'existence. Ne pouvait-on pas dire dès lors qu'il y avait eu un simple donné acte de la reconnaissance volontaire d'un don manuel, par le donataire ou ses représen-

tauts et que l'on se trouvait par conséquent dans les termes formels de l'art. 6 de la loi de 1850 ?

### III.

ANNULATION POUR CAUSE DE NULLITÉ RADICALE. — PROPRIÉTÉ NOMINALE. — (Cass. civ. 26 avril 1882. — *Journal du Palais*, 1833, p. 179).

Un jugement reconnaît que l'acte d'acquisition d'une propriété immobilière contient une simulation; que l'acquéreur n'a qu'un droit nominal et ostensible; et en définitive il proclame le titre de propriété du « *verus dominus* ». Peut-on dire qu'il y ait là un jugement prononçant l'annulation d'un contrat pour cause de nullité radicale, et que par conséquent le droit fixe soit seul exigible, en vertu de l'art. 68 § 3 n° 7 de la loi du 22 frimaire an VII ?

On l'a soutenu, en disant que la loi avait entendu qualifier de nullité radicale toute nullité absolue ou relative rétroagissant au jour du contrat. Or c'est ce qui a lieu dans le cas présent.

En ce qui touche l'acquéreur dont le nom figure dans l'acte entaché de simulation, l'acquisition est inexistante *ab initio*. Il n'a eu ni l'intention de devenir propriétaire, ni la volonté de s'engager à payer le prix. La réalité, dissimulée aux regards des tiers intéressés à la connaître, était une transmission de propriété par personne interposée. Or l'équité ne permet pas qu'une transmission de propriété unique donne lieu à deux perceptions successives du droit de mutation. A la vérité, le procédé employé par les parties pour masquer le « *verus dominus* » est suspect; ce procédé ne permet pas une haute estime pour la moralité de leurs intentions. Mais en somme, au point de vue de l'application de la loi fiscale, le seul qui doive ici nous préoccuper, qu'importent des projets plus ou moins avouables, plus ou moins frauduleux peut-être ? Il ne faut considérer que le fait accompli. Y a-t-il eu deux mutations, ou, n'y en a-t-il eu qu'une seule ?

Le tribunal de Marvejols s'était rallié à cette doctrine; il avait rejeté le principe de la perception d'un second droit proportionnel. Mais en même temps, ne se sentant pas sur un

terrain solide de discussion juridique, il avait cherché d'abord à étayer sa doctrine sur des arguments de droit, puis aussi sur des considérations de fait. Il avait allégué une nullité du contrat, fondée sur l'erreur des contractants à propos de la nature de l'opération juridique accomplie. Aux yeux du magistrat rédacteur du jugement, l'acte translatif de propriété était anéanti rétroactivement, non seulement parce qu'il était empreint de simulation, mais aussi, comme entaché d'erreur. Nous n'avons pas à nous expliquer sur le moyen de fait. S'il eût été fondé, et si, à la place d'une simulation, on avait eu une nullité procédant d'un vice du consentement, la prétention de la Régie aurait complètement manqué de base. Depuis longtemps déjà, il paraît démontré que l'expression nullité radicale dont s'est servi l'art. 68 § 3 n° 7 de la loi de frimaire comprend non seulement les nullités absolues de droit civil, mais aussi les nullités relatives (V. Naquet, tome I, page 135, n° 107 et suiv.). Cet auteur établit par des arguments qui nous ont toujours paru irrésistibles l'assimilation nécessaire en droit fiscal des nullités relatives aux nullités absolues. « Le principe supérieur, dit-il, la règle fondamentale des lois sur l'enregistrement, c'est qu'une disposition unique ne doit pas être taxée deux fois; or c'est à un résultat pire qu'on arriverait si l'on frappait d'un impôt proportionnel le jugement qui prononce la nullité relative d'un contrat, car on imposerait une seconde fois le contrat sur l'acte qui en constate l'anéantissement: On percevrait un nouveau droit au moment où l'acte disparaît par le fait du jugement. Peut-on raisonnablement supposer que le législateur ait dérogé à l'ancien droit pour consacrer une telle iniquité? » Quelques lignes plus haut, M. Naquet prouvait que les anciens commentateurs des lois fiscales comprenaient dans la classe des nullités radicales aussi bien les nullités absolues, comme celle basée sur ce que la chose est hors du commerce et sur ce que le vendeur n'en est pas propriétaire, que les nullités relatives, comme celles fondées sur l'incapacité et la violence. Il n'est donc pas douteux que si l'acte de vente, objet du procès, avait été annulé pour cause d'erreur, le droit fixe aurait été seul exigible, conformément à l'art. 68 § 3 n° 7 de la loi de frimaire.

Mais cet état de fait n'est pas celui retenu par la Cour su-

prême, d'après les constatations du jugement. L'arrêt de la Chambre civile mentionne uniquement le fait suivant : Il y a eu une propriété ostensible, reposant sur la tête d'une personne complaisante : un jugement rendu a déchiré le voile et fait apparaître la propriété réelle. C'est ce jugement qui doit donner lieu à la perception d'un nouveau droit de mutation.

La simulation n'empêche pas en effet le contrat simulé d'avoir existé à l'égard des tiers, et par conséquent à l'égard de la Régie, qui ne peut être classée raisonnablement que parmi les tiers. Il suit de là que le jugement, qui reconnaît la vérité, opère une retranslation de la propriété, passible des droits au même titre que la translation primitive.

Comment adapter à un cas pareil la règle de droit fiscal sur les nullités radicales ? Il n'y avait point ici de nullité à prononcer. « *Inter partes* » la propriété était restée immobile. Elle n'avait eu que l'apparence du mouvement. « La Cour de cassation, dit M. Naquet, *loco citato*, a pu déclarer avec raison dans un arrêt solennel que la simulation ne forme pas un vice emportant la nullité radicale de l'acte simulé, et qu'à l'égard des tiers un tel acte transfère légalement sur la tête de l'acquéreur la propriété de l'objet vendu. Lorsque l'acte simulé est plus tard anéanti par les tribunaux, le jugement qui est prononcé à cet effet opère, au regard des tiers, une nouvelle mutation de propriété, sujette au même droit d'enregistrement que la précédente. »

Le procès que nous venons d'étudier devait engendrer encore une autre question sur laquelle nous croyons utile d'appeler l'attention ; c'est une question mixte, pour ainsi dire, et dont la solution intéresse à un égal degré le droit civil et le droit fiscal.

La transcription est-elle obligatoire pour le jugement qui constate une simulation en matière de propriété immobilière, et qui effaçant le titre du propriétaire nominal, fait officiellement connaître le propriétaire véritable ? Par suite, le droit de transcription qui, depuis la loi du 28 avril 1816, est annexé, pour ainsi dire, au droit de mutation, peut-il être exigé des parties ?

Ni le jugement, ni l'arrêt de la Cour de cassation ne nous fournissent de renseignements sur ce point.

Il nous semble certain que la transcription était ici obligatoire et que le droit proportionnel attaché à cette formalité était dû.

A la vérité, le jugement ne fait que déclarer une transmission de propriété antérieure. Ce n'est pas l'acte translatif de propriété dont s'occupe l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 23 mars 1855. Mais le § 3 de cet article soumet à la formalité de la transcription les jugements constatant une convention verbale qui a opéré un transfert de propriété. « La loi, dit M. Labbé (*Journal du Palais*, 1882, p. 588), suppose une instance, dans laquelle l'aliénateur est intervenu et une décision ayant force de chose jugée contre cet aliénateur, équivalant au titre qui, dès l'origine, avait constaté la convention d'aliénation demeurée verbale. » C'est bien là l'hypothèse jugée. Une convention verbale demeurée secrète entre les parties transférait au « *verus dominus* », la propriété fixée sur une autre tête au regard des tiers. C'est cette convention verbale qui a été constatée dans le jugement qui déclare la simulation. Le jugement sera dorénavant le titre du propriétaire. Il nous semble bien difficile de soustraire cet acte à la transcription et les parties au droit que cette formalité rend exigible.

#### IV.

DONATIONS DE FONDS DE COMMERCE. — LOI DU 28 FÉVRIER 1872. — (Tribunal de Vannes, 30 novembre 1882. — *Journal du Palais*, 1883, p. 718).

Les art. 7, 8 et 9 de la loi du 28 février 1872 ont rendu obligatoire, dans un délai de trois mois, l'enregistrement des cessions de fonds de commerce. Convient-il d'assimiler les mutations à titre gratuit aux mutations à titre onéreux? Le législateur est muet. Son silence a donné lieu à une controverse assez vive, sur laquelle il serait bon de faire intervenir l'autorité de la Cour de cassation. La jurisprudence des tribunaux de première instance est en effet on ne peut plus divisée. Ainsi le tribunal de Troyes (26 juillet 1876. — Répert. général de Garnier, n° 4504), le tribunal de la Seine (21 janvier 1881. — J. d. P. 1881, p. 1143) ont admis l'assimilation. Cette opinion a aussi, parmi les auteurs, recueilli d'honorables suffrages (M. G. Demante, *Principes de l'enregistrement*, tome II, page 45. — Voir aussi la *Revue du Notariat*, 1874, n° 4613). Mais on rencontre en sens

contraire un nombre presque aussi imposant d'autorités jurisprudentielles ou doctrinales. M. E. Naquet s'est prononcé contre la Régie (*Principes de l'enregistrement*, tome I, p. 270, n° 252) et sa thèse a été énergiquement défendue par les rédacteurs du journal *la Loi* (n° du 6 avril 1881). Enfin, le jugement précité du tribunal de Vannes a décidé que « la loi du 28 février 1872 sur l'enregistrement obligatoire des mutations de fonds de commerce ne s'appliquait pas aux mutations entre-vifs à titre gratuit ». Le problème est donc resté à l'ordre du jour. Il mérite une discussion attentive.

Les débats nous amèneront successivement sur trois terrains différents. Il importe en effet d'envisager la question posée d'abord au point de vue des textes, ensuite au point de vue des travaux préparatoires, enfin au point de vue des principes généraux du droit fiscal.

Les textes sur lesquels se porte au premier abord l'attention du juriste paraissent peu favorables à l'assimilation réclamée par la Régie. Le principe de la loi du 28 février 1872, en ce qui touche les cessions de fonds de commerce, est formulé dans l'art. 7 : « Les mutations à titre onéreux de fonds de commerce ou de clientèle sont soumises à un droit d'enregistrement de 20/0 ; ce droit est perçu sur... » Comme on le voit, il n'est fait mention que des transmissions à titre onéreux. A coup sûr, si le texte que nous venons de transcrire était isolé, l'hésitation sur le parti à prendre ne serait pas permise. Les dispositions des lois fiscales, comme celles des lois pénales, doivent en effet être interprétées rigoureusement. On ne saurait les étendre d'un cas à un autre, quelles que soient les analogies.

Il faut donc consulter les articles suivants, afin de savoir si le législateur a persévéré dans son intention primitive, et s'il ne s'est pas ensuite donné un démenti en généralisant l'impôt qu'il venait d'établir.

Or l'art. 8 est relatif à l'application du principe posé. Il prescrit l'enregistrement des actes de cession, dans les trois mois de leur date; et, en cas de transmission verbale, des déclarations détaillées et estimatives, dans le même délai, à partir de l'entrée en possession. Il édicte enfin des sanctions pénales, pour les

cas de non déclaration ou de déclaration insuffisante. Y a-t-il, dans ce second texte, un mot qui indique l'intention de frapper les mutations à titre gratuit des mêmes droits que les mutations à titre onéreux ?

Il est vrai que l'art. 8 ne spécifie pas le genre de mutations auquel il s'applique; cet art. est moins précis que le précédent. Les partisans de l'assimilation n'ont pas manqué de relever cette particularité de rédaction. Mais faut-il en conclure que l'art. 8 par la généralité de ses termes déroge à l'art. 7? — On l'a soutenu. — Pour nous, nous hésiterions beaucoup à nous rallier à cette manière de voir et cela pour deux raisons :

D'abord, il est quelque peu téméraire de supposer que le législateur s'est rétracté à quatre lignes de distance, en modifiant son principe aussitôt après l'avoir posé. Les mutations à titre onéreux étaient seules prévues par l'art. 7. Cet article était donc restrictif et sa sphère d'application limitée. Comment admettre que les auteurs de la loi se soient immédiatement ravisés, pour dire en termes beaucoup moins catégoriques que la règle serait la même pour toutes les mutations de fonds de commerce, à quelque titre qu'elle eussent lieu? Il était si facile, pendant l'élaboration de la loi, au cas où l'art. 8 aurait été ainsi compris, de reprendre l'art. 7 et de le corriger en disant : les mutations de fonds de commerce, tant à titre onéreux qu'à titre gratuit.

De plus, l'art. 8, examiné avec soin, nous fournit deux indices précieux qui nous portent de plus en plus à croire que l'intention exprimée dans l'art. 7 n'a nullement été abandonnée.

Premièrement, l'art. 8, parle de l'enregistrement d'actes sous seing privé dans les trois mois de leur date. Cela ne peut viser que des transmissions à titre onéreux et non des transmissions à titre gratuit. Les donations de fonds de commerce insérées dans des actes sous seing privé seraient nulles pour vice de forme. La Régie ne s'est pas dissimulé la force de l'argument; elle a cherché à le réfuter « c'est, dit l'arrêtiste du *Journal du Palais*, sur le jugement relaté plus haut du tribunal de la Seine, (1884, page 1150), c'est une règle trop constante que les droits d'enregistrement sont établis, sans égard à la validité des contrats ou

à leurs effets civils. Journallement le tarif est appliqué à des mutations immobilières qui sont radicalement nulles ou qui ne sont établies par aucuns des moyens de preuve autorisés par la loi civile. Il est manifeste que le législateur de 1872 a édicté les dispositions nouvelles dans le même esprit. » Cette réfutation ne semble pas bien sérieuse. Le principe de jurisprudence fiscale que l'on rappelle n'est pas en question. Oui, sans doute, l'agent ne peut se constituer juge de la régularité des actes qui lui sont soumis ; il doit toujours percevoir sans s'inquiéter des nullités. Mais ce qui est vrai de l'agent et de son rôle ne saurait l'être du législateur. Appartient-il au législateur de prévoir, dans un texte formel, comme une situation normale, la violation des règles qu'il a lui même posées ? Il suffit d'un peu de réflexion pour concevoir tout ce qu'aurait d'étrange une disposition légale prescrivant un délai pour l'enregistrement des donations mobilières inscrites dans des actes sous seing privé, et supposant par conséquent valables ou du moins fréquents des actes que la loi civile réproouve de la manière la plus absolue.

L'art. 8 contient un deuxième indice de la persévérance des rédacteurs de la loi, dans l'intention de ne statuer que pour les mutations de fonds de commerce à titre onéreux. Il n'y a de sanction pénale établie qu'à l'égard des dissimulations de prix et non à l'égard des insuffisances d'évaluation. C'est donc qu'il ne s'agit dans le texte que des ventes.

On répond, il est vrai, qu'on considéra, en 1872, les donations de fonds de commerce comme ne constituant qu'une infime minorité en comparaison des cessions à titre onéreux. Il ne parut point dès lors nécessaire d'assimiler les insuffisances d'évaluation aux dissimulations de prix. « La Régie, dit-on, n'est pas désarmée au sujet de ces insuffisances ; elle a dans la preuve littérale et dans les prescriptions de la loi générale le moyen de constater ces insuffisances, comme celles des autres conventions. » Cette explication a été considérée comme satisfaisante pour la Régie.

Quant à nous, nous nous permettrons de la juger bien conjecturale. Rien, dans la discussion de la loi, ne la rend vraisemblable. Il n'est rien dit pour justifier la différence que la loi nouvelle établirait entre les insuffisances d'évaluation et les dissi-



mutations de prix. Bien plus, les orateurs n'ont même fait aucune allusion aux donations de fonds de commerce. Aucun d'eux n'y songe. Tous parlent uniquement des ventes.

Reste l'art. 9. Celui-ci, nous n'hésitons pas à le reconnaître, peut concerner également les cessions à titre onéreux et les cessions à titre gratuit. Il énumère les moyens de preuve dont la Régie devra se munir pour démontrer les mutations de fonds de commerce et de clientèles. Mais, au point où nous sommes arrivés de l'examen des textes, il nous paraît acquis que l'article 9 doit s'interpréter par ceux qui le précèdent et avec lesquels il forme un ensemble complet.

L'exposé des motifs et le rapport de la commission nommée par l'Assemblée nationale ne contiennent rien qui soit en contradiction avec notre doctrine. Un passage de l'exposé des motifs de M. Pouyer-Quertier est même particulièrement décisif en notre sens : « Nous vous proposons, disait le Ministre des finances, de soumettre à l'enregistrement, dans un délai déterminé, les *ventes* de fonds de commerce. Actuellement, ces ventes fort importantes ne donnent lieu à l'impôt que lorsqu'elles sont revêtues de la forme notariée. » Cette dernière phrase ne fournit-elle pas une explication plus naturelle que toutes celles proposées au nom de la Régie des termes de l'art. 8, où il est question d'actes sous seing privé ?

Le même esprit se remarque dans l'instruction adressée par Régie à ses préposés. Voici comment l'auteur de ce commentaire officiel de la loi justifie la règle nouvelle pour les agents chargés d'en procurer l'application : « Les actes de vente des fonds de commerce faits sous seing privé n'étaient pas assujettis à la formalité de l'enregistrement dans un délai déterminé. » Le but poursuivi est donc toujours le même, soit aux yeux de ceux qui proposent la loi, soit aux yeux de l'administration chargée de la mettre en pratique. On veut rétablir l'égalité entre les ventes de fonds de commerce consenties par actes sous seing privé et les ventes résultant d'actes notariés. Mais rien ne trahit la volonté d'assimiler les donations aux ventes de fonds de commerce. On pense sans doute que la nécessité de l'acte notarié constitue une garantie suffisante des droits du Trésor.

Nous ajoutons aux considérations qui précèdent un argument de principe qui tranche la question dans le sens du jugement du tribunal de Vannes. Cet argument est emprunté à M. Naquet :

La théorie de l'assimilation des donations aux cessions à titre onéreux amènerait, en matière de fonds de commerce, une perversion de tarifs absolument inexplicable. Les mutations à titre gratuit seraient en effet dorénavant exemptes du droit de donation et assujetties au droit de vente. Ce serait une conséquence bien singulière qu'aurait entraînée la loi de 1872. Peut-on la lui faire produire, en l'absence d'un texte formel ?

En résumé, les donations de fonds de commerce ne seraient pas soumises à la formalité de la déclaration dans le délai de trois mois, et le droit qui leur serait applicable serait celui des donations et non celui des ventes mobilières.

## V.

DÉCLARATIONS DE SUCCESSIONS. — OMISSIONS OU INSUFFISANCES. — MOYENS DE PREUVE A LA DISPOSITION DE LA RÉGIE. — (Cass. CIV. 27 juin 1883. — *Revue du Notariat*, 1883, p. 747).

Quels moyens de preuve la Régie peut-elle utiliser pour démontrer les omissions et les insuffisances qu'elle a cru découvrir dans une déclaration de succession ? L'art. 39 de la loi du 22 frimaire an VII n'a rien précisé à cet égard. Du silence de la loi, il semblerait dès lors résulter que tous les modes de preuve sont admissibles de la part de la Régie, contre le redevable. Tout le monde avoue cependant qu'il y a lieu d'exclure en cette matière les preuves dont la nature serait contraire au texte ou à l'esprit des lois fiscales. Ainsi, on concède, au nom de l'administration que la preuve testimoniale ne lui est pas ouverte, parce qu'elle est incompatible avec les formes de procédure écrite établies par les art. 64 et 65 de la loi de frimaire. Un arrêt de la Chambre civile, dont la doctrine a été acceptée par la Régie, reconnaît avec raison que, relativement aux valeurs mobilières « l'élément de preuve, en harmonie avec l'esprit de la loi, doit reposer sur des faits et actes parvenus à la connaissance de l'administration et propres à établir juridiquement les insuffisances et omissions qu'elle allègue, tels que partages, transactions, inventaires,

liquidations, répertoires de notaires et autres actes soumis à la formalité de l'enregistrement. » (Cass. 29 février 1860. J. D. P. 1860, page 584). Des actes devaient donc être invoqués pour la preuve des omissions et des insuffisances, et, selon la remarque que fait M. G. Demante à propos de l'arrêt de 1860, ces actes devaient se trouver en contradiction directe avec la déclaration de succession, qui serait ainsi rectifiée par le démenti que la partie se donne à elle-même. Sur la preuve testimoniale, la doctrine administrative n'est donc nullement hésitante. Cette preuve est prosaite. Elle ne peut être utilisée pour le contrôle des déclarations de succession.

Le législateur à son tour, comme on le voit par les travaux préparatoires de la loi du 23 août 1871, a accueilli implicitement l'idée de l'exclusion de la preuve testimoniale. L'art. 13 de la loi porte, en effet, que la dissimulation en matière de ventes, d'échanges et de partages, peut être établie « par tous les genres de preuve admis par le droit commun ». En ce cas, la preuve testimoniale est exceptionnellement admise. Or cet article 13 n'a été voté par l'Assemblée nationale qu'après une atténuation considérable des rigueurs que prononçait l'art. 12 du projet contre les redevables convaincus de dissimulation. Un député, M. Garnier, fit à cette occasion la déclaration suivante (Duvergier, 1871, page 172) : « Il est certain, dit-il, que les moyens de preuve qui sont admis par l'article s'appliqueront seulement dans le cas où il sera question de dissimulation ; que dans toutes les autres instances que l'administration aura à suivre, les anciennes dispositions sur les preuves et sur la procédure conserveront leur autorité. Il faut convenir que cette bigarrure, dans la législation fiscale, n'est pas sans inconvénients. Dans tous les cas, il ne faut pas qu'on s'y méprenne. C'est seulement aux poursuites pour dissimulation que la loi nouvelle s'appliquera.

Plus tard, en 1880, la loi du 28 décembre, relative à l'impôt sur les revenus des valeurs mobilières, permit aussi l'emploi de tous les modes de preuve admis par le droit commun pour constater le chiffre des revenus des sociétés dont les statuts n'admettent pas la distribution des dividendes entre associés. Lors de l'élaboration de cette dernière loi qui subit nombre de vicissitudes

et donna lieu dans le Parlement à des débats passionnés, il fut dit que l'administration avait rarement songé à user des facilités de preuve que lui conférait l'art. 13 de la loi du 23 août 1871. Il faut donc considérer comme un point constant qu'en matière d'omission ou d'insuffisance dans les déclarations de succession la preuve testimoniale ne saurait être employée par le juge.

Nous arrivons ainsi à la question de la recevabilité des présomptions de l'homme, comme élément de preuve, en matière fiscale. Toutes les fois que nos lois autorisent l'emploi de la preuve par témoins, évidemment les présomptions sont elles-mêmes admissibles. Le droit commun est en ce sens. D'ailleurs, l'art. 13 de la loi du 23 août 1871, ne laisse pas même à la question la possibilité de naître. Il parle de tous les genres de preuve admis en matière ordinaire.

Mais, dans les hypothèses où la preuve testimoniale est exclue, à quel parti convient-il de s'arrêter ?

C'est cette dernière question que l'arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1883 a résolue en faveur de la Régie. Les présomptions tirées des circonstances de la cause suffiraient pour établir une omission dans une déclaration de succession.

Voici comment on pourrait raisonner à l'appui de cette thèse : L'art. 39 de la loi de l'an VII ne s'occupe que des sanctions ; il ne dit rien des preuves à faire pour mettre en lumière les contraventions commises. Aucune preuve n'est donc interdite. Toutes seraient plutôt admises, sauf celles incompatibles avec les principes de la procédure fiscale. A coup sûr, la Régie doit renoncer à l'emploi de la preuve testimoniale ; il ne saurait en être question dans des affaires qui doivent être jugées sur une instruction écrite. Mais les motifs d'exclusion des enquêtes n'ont rien de commun avec les présomptions de l'homme. Une présomption peut être alléguée dans un mémoire, comme dans une plaidoirie. Elle peut donc jouer un rôle, dans la formation de la détermination du juge, quelle que soit la forme de l'instruction, écrite ou orale.

Contre cette théorie, il est possible de concevoir deux objections de la plus haute gravité.

D'abord, il faut reconnaître qu'elle est on ne peut plus dange-

reûse pour la sécurité des contribuables. Qui ne voit, s'écriait M. Bosviel dans son mémoire, le caractère inquisitorial de la preuve par présomptions? La justice inquisitoriale n'est pas seulement celle qui recherche, qui a recours à des enquêtes et à des descentes sur les lieux : c'est surtout celle pour laquelle des présomptions, des conjectures, des soupçons sont une preuve. » On trouve un exemple remarquable de ces dangers dans les motifs d'un jugement du tribunal de Versailles, du 22 avril 1858, rappelé par M. G. Demante. Cette décision invoque comme preuve « que la veuve X..., ne se livrait pas à des spéculations de Bourse : qu'elle n'avait pas trouvé de trésor ; que les mariés X... avaient l'habitude de cacher et enfouir dans les dépendances de leur appartement des sommes considérables ; qu'il est naturel de penser que les deux époux avaient connaissance des différentes cachettes, » etc.

Il ne serait pas décent de la part des agents du Trésor de prêter l'oreille à des racontars, à de misérables commérages, et d'en faire le point de départ de poursuites plus ou moins sérieuses contre les redevables du fisc.

De plus, peut-on admettre, sans heurter la raison et les principes les plus élémentaires de l'économie politique, qu'un impôt ait pour base des valeurs présumées, et présumées par qui? Non par le législateur, d'après des circonstances invariables et permanentes, comme il arrive dans les articles 12 et 13 de la loi du 22 frimaire an VII, mais par l'appréciation arbitraire du juge qui se laissera influencer par des faits contingents, par la rumeur publique, peut-être par ses sympathies ou ses antipathies.

En second lieu, les principes généraux du droit en matière de preuve ont toujours placé sur la même ligne la preuve testimoniale et la preuve par présomptions. Ces deux modes de preuve vont de compagnie. Pourquoi les séparer l'un de l'autre dans les matières fiscales? Alors que l'on tient pour périlleuse la preuve testimoniale, est-il logique d'admettre la preuve encore plus chanceuse et plus problématique des présomptions?

Notre arrêt paraît donc s'être à tort écarté de la doctrine si prudente et si tutélaire des intérêts privés, si conforme à la dignité du Trésor, qu'avait formulée l'arrêt du 29 février 1860. « Il n'est

pas dans l'intention de la loi, répéterons-nous avec le rédacteur de cet arrêt, non plus que dans son texte, de permettre à la Régie de se livrer à des recherches des forces mobilières des successions par voie d'enquêtes, et de pénétrer ainsi dans l'intérieur et le secret des familles à l'aide de preuves testimoniales, toujours dangereuses et de nature à y jeter l'inquiétude et le trouble. »

## VI.

DROITS DE SUCCESSION. — PARTAGE POSTÉRIEUR. — SUPPLÉMENT DE DROITS. —  
(Cass. 5 mars 1883. — *Revue du Notariat*, 1883, n° 6570).

Cet arrêt est peut-être le plus important qui ait été rendu en matière fiscale, pendant l'année qui vient de s'écouler. Il aborde timidement un grand problème auquel le droit civil n'est pas étranger. Pour en donner une conception nette, le rappel préliminaire de quelques principes est indispensable.

Tout d'abord, on sait que les perceptions ont lieu d'après l'état des faits, au moment de la déclaration ou de l'enregistrement de l'acte écrit. Ce qui peut arriver ensuite est indifférent au Trésor qui n'est jamais tenu de rendre ce qu'il a régulièrement reçu. C'est le principe fameux de l'article 60 de la loi du 22 frimaire au VII, motivé, selon les uns, par les nécessités budgétaires, selon les autres, par le besoin d'échapper aux complications qu'engendreraient les demandes en restitution fondées sur l'annulation ultérieure d'actes viciés dans leur principe. Sur ce point, rappelons-le en passant, la loi de frimaire était en contradiction avec l'ancien droit. « Le fermier des domaines, disait Bosquet, est obligé de restituer les droits que les commis de sa ferme ont excessivement ou mal à propos perçus par ignorance ou par impéritie.... Le fermier est même obligé de restituer les droits de centième denier et de lods et ventes, quoiqu'ils aient été légitimement payés, si la cause pour laquelle ils ont été acquittés est ensuite anéantie, en la déclarant nulle *ab initio*. » (Bosquet, *Dict. des Domaines*, v° *Restitution*, n° 2.)

Ce principe constitue une faveur particulière pour la Régie et il ne saurait être rétorqué contre elle. Elle peut par conséquent,

à raison d'événements ultérieurs, demander un supplément sur un droit régulièrement perçu à l'origine.

Appliquons les notions qui précèdent à la matière des déclarations de succession. Elles nous fourniront deux conséquences également vraies, que nous nous contenterons de signaler sans les accompagner de commentaires :

1<sup>o</sup> Le redevable qui a fait une déclaration exagérée, soit en ce qui touche la consistance des biens héréditaires, soit en ce qui touche leur évaluation, ne peut réclamer au Trésor le remboursement d'aucune partie de la perception. (*Revue critique*, 1882, page 395, Cass. 13 décembre 1881).

2<sup>o</sup> Si, postérieurement à la déclaration de succession, il se révèle de nouvelles valeurs héréditaires, à la suite de jugements prononçant la nullité d'aliénations consenties par le défunt ou à la suite de revendications utilement exercées par le successible, un supplément de droit est dû, et ce supplément doit être acquitté entre les mains du receveur dans les six mois qui suivent la découverte des valeurs nouvelles.

Nous ne nous sommes pas préoccupé jusqu'ici du partage à intervenir et des modifications qu'il peut apporter à la situation des héritiers. Ainsi, cet acte peut attribuer les valeurs du capital le plus élevé et du revenu le plus faible aux héritiers qui à cause de leur degré de parenté paient le droit de mutation le moins fort, tandis que les valeurs donnant les plus gros revenus, mais représentées par le capital le moins considérable, tomberaient au lot d'un héritier de degré plus éloigné. Ainsi encore le partage, au lieu de répartir purement et simplement entre les ayant-droit la pleine propriété des biens héréditaires, peut procéder par voie d'attribution de l'usufruit aux uns et de la nue-propriété aux autres. C'est ce qui s'est produit assez fréquemment en matière de communauté partagée entre le conjoint survivant et les enfants du mariage. L'usufruit de toutes les valeurs communes était remis au conjoint survivant, pour lui tenir lieu de sa moitié de propriété ; il pouvait ainsi conserver son train de vie antérieur, ses revenus annuels étant toujours les mêmes. Les enfants de leur côté sacrifiaient une jouissance immédiate de moitié ; mais ils

obtenaient en revanche la certitude de ne voir jamais la communauté leur échapper.

Ces combinaisons variées des actes de partage modifient-elles les droits du Trésor, en matière de déclaration de succession ?

Il y a lieu à ce sujet de prévoir deux hypothèses.

L'acte de partage peut avoir été conclu avant la déclaration de succession. Il est présenté au receveur, au moment de cette déclaration. On ne saurait contester, en ce cas, l'influence du partage sur la créance du Trésor qui pourra être tantôt augmentée et tantôt diminuée. Le partage est en effet déclaratif. Il substitue aux droits indivis qu'ont acquis les successibles au jour du décès, des droits circonscrits et limités sur certains biens qui sont ainsi réputés leur avoir toujours appartenu. Et le partage est aussi bien déclaratif pour la Régie que pour les héritiers. Ajoutons qu'on a généralement reconnu que la perception fiscale devait s'effectuer selon l'état de fait existant au moment de la formalité. C'est sur cette espèce qu'a statué l'arrêt de la Cour de cassation du 14 mars 1851 (Dalloz, 1851, 1<sup>re</sup> partie, page 121). Cet arrêt déclare positivement que l'acte de partage, produit lors de la déclaration de succession, fixe l'étendue des droits recueillis par les héritiers et par conséquent les bases de la perception. On réserve toutefois le cas du partage qui serait postérieur au délai de six mois. Il y aurait là un événement ultérieur qui ne pourrait motiver une demande en remboursement de droits régulièrement perçus.

La Régie a longtemps combattu la doctrine qui précède, car les actes de partages, produits au moment des déclarations de succession, n'avaient presque jamais pour résultat d'élever le montant des droits. Ces actes étaient au contraire le plus souvent conçus en vue de n'autoriser que la perception la plus minime. Ce n'est que vingt ans après l'arrêt de la Cour suprême, qu'elle s'est définitivement soumise, dans son instruction du 20 août 1868. Elle aurait voulu établir que les droits de mutation étaient déterminés d'après la vocation héréditaire de chaque successeur au jour du décès, sans qu'il y eût lieu de tenir compte des dispositions de l'acte de partage. La fiction de l'art. 883 lui serait demeurée étrangère. Lorsqu'en 1868, la Régie dut cesser une controverse inutile, elle fit, pour ainsi dire, ses conditions. Elle sou-



scrivit au principe, mais en exigeant que le partage fût en nature et pur et simple ; qu'il comprît tous les biens héréditaires, et enfin qu'il n'eût pas une date postérieure à celle de l'expiration du délai légal.

Le plus souvent, et nous sommes ici amené à la grave question qu'a tranchée l'arrêt du 5 mars, le plus souvent le partage a lieu après la déclaration de succession et l'acquiescement des droits, soit dans le délai de six mois, soit après son expiration. Cette dernière circonstance n'est d'aucun poids dans la discussion. Or du partage, il peut résulter ou que les droits perçus ont été exagérés, ou qu'ils ont été insuffisants. Pas d'hésitation s'il ne se révèle qu'un excès dans l'impôt exigé. Le Trésor ne rendra rien ; il sera couvert par l'art. 60. Mais, s'il se manifeste une insuffisance dans la perception, une grave difficulté surgit : pourra-t-il être demandé un supplément de droits de succession, en vertu d'un partage postérieur à la déclaration ?

Il est bien entendu, que ce partage postérieur ne fait apparaître aucun bien héréditaire nouveau, dont la déclaration aurait été omise. Il n'en résulte également aucune insuffisance d'évaluation. Ce sont tout simplement les arrangements, les combinaisons des héritiers qui auraient permis à la Régie de réclamer un droit plus fort.

Quoi qu'il en soit, la prétention de la Régie réclamant un droit supplémentaire a été soumise à la Cour de cassation, à propos de l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 5 mars 1883. Il s'agissait de la succession d'une femme commune en biens. Les droits de mutation par décès avaient été acquittés par les enfants sur la moitié de la communauté qui avait été, disons-le en passant, exactement et sincèrement évaluée, sur les reprises de la femme décédée, et enfin sur quelques valeurs propres. Plus tard, il était advenu que par l'effet du partage, la communauté avait été attribuée tout entière en usufruit au père survivant et en nue-propriété à ses enfants. La Régie affirmait qu'il était dû un nouveau droit sur la moitié de la communauté dont les enfants devenaient nus-propriétaires.

Le raisonnement sur lequel elle se fondait ne laissait pas de séduire. Le partage antérieur à la succession, disait-on, modifie

les droits de la Régie. Ce point est devenu certain, depuis l'arrêt du 14 mars 1851. La Régie peut et doit considérer chaque héritier aliéni, comme ayant recueilli par succession tout ce qui figure dans son lot. Il est logique de faire engendrer les mêmes conséquences par le partage qui n'est intervenu que depuis la déclaration et d'autoriser en vertu de ce partage la réclamation d'un droit supplémentaire.

À la vérité, le partage postérieur peut distribuer les biens de telle sorte que les valeurs du capital le plus fort soient placées aux mains des héritiers du degré le plus proche, tandis que celles du plus faible capital reviennent aux successibles les plus éloignés. Mais une combinaison de ce genre n'autorise pas une action en restitution de la part des redevables, qui ont subi une perception d'une incontestable régularité. Elle ne peut donc permettre que la réclamation de droits supplémentaires.

On a ajouté que la clause du partage rendant les enfants nuspropriétaires de toutes les valeurs communes pouvait recevoir l'interprétation suivante : au moyen de cette clause, une valeur nouvelle entrerait dans la succession et deviendrait ainsi passible des droits.

Enfin, pourrait-on dire encore, la combinaison de l'espèce prévue peut avoir pour but et pour résultat de faire échapper, en prévision du décès du conjoint survivant, la moitié de la communauté à l'impôt de mutation de décès. En effet, lors du partage, la moitié de communauté du survivant se serait fixée en nuepropriété sur la tête des enfants, sans subir aucun impôt. Puis, au décès, une consolidation se serait produite qui, d'après les principes généraux, n'aurait donné lieu à aucune perception. On serait ainsi parvenu à frustrer le Trésor des droits de mutation sur la moitié de la communauté.

L'arrêt du 5 mars 1883 a admis l'action de la Régie, mais il ne s'est pas approprié tous les motifs que celle-ci avait allégués dans son mémoire. La Cour de cassation ne s'est servie, pour justifier sa décision, que du second argument. Elle paraît croire que la combinaison du partage fait entrer dans l'hérédité un bien qui n'y figurait pas auparavant et n'avait pu, dès lors, acquitter les droits lors de la déclaration.

Ce motif est peu décisif. « Les enfants, dit la *Revue du Notariat* (1883, page 647, n° 6718), recueillaient dans la succession les droits indivis de leur mère dans la communauté, c'est-à-dire la moitié de l'actif, déduction faite des prélèvements. Cette valeur se trouve-t-elle augmentée par la découverte de nouveaux biens? Nullement. Les héritiers par le partage ont-ils été appropriés d'une somme plus forte que celle qui leur revenait? En échange de la jouissance immédiate à laquelle ils avaient droit, ils ont reçu une nue-propriété d'une valeur équivalente. »

Qui nous dit qu'étant admise la théorie de la Régie, un simple partage, avec stipulation d'une soulte payable par les enfants au conjoint survivant, avec accroissement par conséquent de la part effective de communauté revenant aux enfants, ne pourrait pas motiver des réclamations fiscales?

Quant au premier argument dont la Régie s'est prévaluë, l'arrêt du 5 mars n'en a pas tiré parti, et c'est avec raison que les motifs sur ce point gardent le silence.

D'une part, il est équitable qu'une perception régulièrement opérée d'après l'état de choses existant lors du décès, à la suite d'une déclaration loyale, que, dans l'espèce, nul n'osait taxer d'omission dans l'énumération des valeurs, ou d'insuffisance dans les évaluations, il est équitable que cette perception soit définitive à l'égard de tout le monde. Irrévocable, elle l'est à coup sûr dans l'intérêt de la Régie, que l'article 60 protège contre toute demande en restitution. Ne doit-elle pas l'être aussi dans l'intérêt des redevables, quelles que soient les combinaisons que ceux-ci adoptent ensuite pour la distribution des biens?

D'autre part, que deviendrait avec la doctrine opposée la liberté des partages amiables? Il n'y aurait plus qu'un nombre restreint d'arrangements possibles. A tout instant on craindrait d'éveiller l'attention du fisc, en fournissant aux agents de nouvelles occasions de percevoir. Et pourtant, à l'origine, dans la déclaration de succession, nous le supposons du moins, les droits du Trésor auraient été largement satisfaits. Tout cela serait en vain.

Reste la troisième considération. On peut y répondre que si la

clause a eu pour résultat de faire passer par anticipation la moitié de la communauté sur la tête des enfants, la Régie pourra toujours, au décès du conjoint survivant, réclamer les droits afférents à cette moitié. Mais tant que la succession dont il s'agit n'est pas ouverte, elle doit rester inactive. Qu'elle attende l'ouverture de la succession pour réclamer l'impôt des mutations par décès.

## VII.

PROMESSE DE VENTE D'IMMEUBLES. — DROIT DE TRANSCRIPTION. — (Cass. 18 juillet 1882. — *Journal du Palais*, 1883, p. 956).

La doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui fixées sur la nature et les conséquences de la promesse de vente, acceptée par celui auquel elle s'adresse, mais acceptée sans engagement réciproque d'acheter. « Dans ce cas, la propriété, ainsi que les risques et périls de la chose, ne passent à l'acceptant que du jour où il a déclaré vouloir acheter; et son droit jusque-là se réduit à un simple droit de créance non opposable à des tiers de bonne foi. » (Aubry et Rau, tome IV, § 349). Les promesses de vente, en matière immobilière, échappent ainsi au droit de 4 0/0; elles sont pareillement exemptes de la formalité de la transcription et par suite du droit de 1 fr. 50 0/0 que l'art. 52 de la loi du 28 avril 1816 a annexé au droit de mutation.

Ces principes étant rappelés, voici la difficulté sur laquelle la Cour de cassation a dû statuer.

Une promesse de vente est soumise à la formalité de la transcription. Quelle raison avait-on de procéder ainsi? Nous l'ignorons. — Sans doute, les praticiens dont les parties suivaient les inspirations se sont mépris sur la nature de l'acte. Ils y ont vu peut-être sinon une transmission actuelle, du moins une transmission conditionnelle de la propriété. Quoi qu'il en soit, la transcription a été effectuée. Les parties ont eu le bénéfice d'une publicité qui, en prévenant les tiers de l'éventualité qui pesait sur la propriété, assurait d'autant mieux la réalisation de la promesse de vente.

Était-ce le cas de percevoir le droit de 1 fr. 50 0/0 qui est la rémunération fiscale de la transcription? — La Cour de cassa-

tion l'a admis. Aucune autre solution, selon nous, n'était possible.

Il est en effet de principe que le préposé doit percevoir sans se préoccuper de l'efficacité juridique des actes qui lui sont soumis. Il n'a pas à s'en faire juge. Il n'a qu'un devoir ! Enregistrer ou transcrire. Que lui importe l'utilité de la formalité qui s'accomplit ?

On a fait à la solution qui a prévalu une objection tirée de la combinaison des art. 3 et 12 de la loi du 23 mars 1855. L'art. 12 frappe d'un droit fixe de 1 fr. les actes et jugements qui n'étaient pas transcritibles avant la loi nouvelle. Or, les promesses de vente n'étaient sûrement pas plus sujettes à publicité avant 1855 qu'à l'heure actuelle. Elles doivent donc bénéficier du tarif de faveur. Elles doivent payer 1 fr. et rien de plus au lieu de subir le droit proportionnel de 1 fr. 50.

Si l'on avait à faire la loi, on devrait, ce nous semble, tenir grand compte du raisonnement qui précède.

Il n'est pas juste en effet qu'un acte dont la transcription légalement inutile n'a été de la part des intéressés qu'une exagération de prudence soit plus mal traité, au point de vue de l'impôt, que les actes qui primitivement affranchis de toute publicité ont été plus tard soumis à la transcription. Il y a dans les deux cas identité de motifs.

Mais nous sommes dans une matière que dominent des principes arbitraires et où il n'est guère permis de raisonner par analogie. L'art. 12 contient une modération de tarifs, et en même temps il dit quels sont les actes qui devront en profiter. Il renvoie à l'art. 2 de la loi, qui donne une énumération où ne figurent pas les promesses de vente. Donc ces promesses, au cas où, pour des raisons dont les parties sont souveraines appréciatrices, elles seraient transcrites, doivent payer le droit ordinaire dont aucune disposition légale ne les a dispensés.

CH. TESTOUD.

## DROIT CRIMINEL.

LE NOUVEAU PROJET DE CODE PÉNAL POUR LE ROYAUME  
D'ITALIE ET LE NOUVEAU CODE POUR LE ROYAUME DES PAYS-BAS,

Par M. G. CONIAC.

L'attention de l'Académie des sciences morales et politiques a été appelée successivement à la séance du samedi 26 janvier 1884, sur le nouveau Code pénal pour le royaume d'Italie présenté par M. Savelli, Ministre de la justice à la Chambre des députés le 26 novembre 1883, et sur le nouveau Code pénal du royaume des Pays-Bas voté par les deux Chambres et sanctionné par le roi le 3 mars 1881.

M. Ch. Lucas a fait hommage au nom de M. Savelli, Ministre de la justice en Italie, de ce nouveau projet de Code pénal qui est le troisième présenté au Parlement italien depuis 1874, ce qui atteste l'enfantement laborieux de la codification pénale dans ce royaume. Ce ne sont pas assurément les lumières de l'érudition qui ont pu manquer à ce travail de codification ; car l'Italie est pour ainsi dire, une terre classique en matière de législation criminelle. Ce laborieux enfantement tient à une situation exceptionnelle compliquée de plusieurs incidents dont M. Lucas dans son rapport verbal a tracé l'historique.

« Par suite, dit-il, des annexions successives dont se compose  
« le royaume d'Italie, trois Codes pénaux différents sont encore  
« appelés à le régir, et il en résulte un grave et intolérable obs-  
« tacle à son organisation judiciaire et à l'administration uniforme  
« de la justice criminelle. L'unification pénale est pour ce grand  
« royaume l'impérieux besoin de son unité politique. La difficulté  
« de la situation pour l'Italie est dans la solution du problème de  
« cette unification pénale. Des trois Codes pénaux qui y sont en-  
« core en vigueur, deux maintiennent la peine de mort, mais le  
« troisième au contraire, celui de la Toscane, en consacre l'abo-  
« lition par une expérience heureuse et prolongée.

« Il n'y a donc que deux moyens pour l'Italie de réaliser son  
« unification pénale, c'est de rétablir la peine de mort en Toscane  
« ou d'étendre son abolition à toute l'Italie. »

Deux éminents jurisconsultes, MM. Vigliani et Mancini, ayant dans deux Codes, comme ministres de la justice, cherché la solution du problème de l'unification pénale, le premier par le relèvement de l'échafaud en Toscane, le second par sa suppression au contraire dans tout le royaume, M. Lucas s'attache à les suivre successivement dans ces deux voies opposées.

« Dans l'exposé des motifs, dit-il, de son projet de Code pénal, « déposé au Sénat le 24 février 1874, l'honorable ministre Vigliani avoua loyalement l'expérience heureuse et prolongée de « l'abolition de la peine de mort en Toscane, en déclarant qu'on « ne saurait au nom de la sécurité publique en demander le rétablis- « sement. Cet aveu conduisait à une conséquence qui n'é- « chappa pas sans doute à sa perspicacité, celle que rétablir « l'échafaud, c'était répandre inutilement le sang humain. Il « s'appuyait sur deux arguments, l'un, celui de la raison d'État « et l'autre, un précédent historique. Le premier était un ana- « chronisme : la raison d'État, ce mot magique qui va jusqu'à « légitimer l'illicite, n'a plus cours que dans les gouvernements « absolus, et à notre époque dans les pays libres, la seule raison « à invoquer, c'est celle que l'histoire, la morale et la philosophie « peuvent avouer.

« Le précédent historique, poursuit M. Lucas, dont M. Vigliani « croyait devoir se prévaloir, c'était celui de la Prusse qui, après « Sadowa, avait, au nom de l'unification pénale, rétabli la peine « de mort dans quatre États de la Confédération du nord sans « tenir compte des résultats d'une heureuse expérience et du « prix qu'attachaient ces États à la continuer. L'autorité de ce « précédent n'était pas admissible. Le procédé de la Prusse avait « soulevé une réprobation générale parmi les jurisconsultes alle- « mands qui blâmaient vivement la consécration de cette mesure « proposée dans le projet de Code pénal pour la Confédération du « nord de l'Allemagne. L'Académie n'a pas oublié peut-être la « communication par laquelle je m'associais énergiquement à la « protestation des jurisconsultes allemands. J'y réfutais d'abord « la prétention d'assimiler l'État fédératif à l'État monarchique « sous le rapport du besoin impérieux de l'unification pénale. « L'unification pénale ne s'imposait qu'à l'État monarchique en

« raison de son unité politique ; mais dans le système fédératif  
« où chaque État avait son autonomie, il fallait au contraire res-  
« pecter dans chacun la liberté d'initiative et entre tous le stimu-  
« lant d'une ingénieuse émulation pour le perfectionnement de  
« la législation criminelle, et dans l'intérêt du développement  
« progressif de la civilisation. C'est ainsi que l'avait conçu la  
« Confédération suisse en Europe, et en Amérique la grande  
« Confédération des États-Unis, où la législation criminelle avait  
« dû ses progrès à l'autonomie et à la liberté d'initiative des  
« États confédérés.

« La réprobation générale des jurisconsultes allemands avait  
« exercé une telle influence sur le Conseil fédéral qu'il se pro-  
« nonça aux deux premières lectures du projet de Code pénal  
« contre le rétablissement de la peine de mort, et si malheureu-  
« sement il se déjugea à la troisième lecture, ce ne fut du moins  
« qu'à la majorité de neuf voix. Ce précédent était donc loin  
« d'avoir l'autorité morale dont M. Vigliani voulait se prévaloir  
« devant le Sénat italien.

« Le vote du rétablissement de l'échafaud en Toscane, com-  
« battu par une imposante et éloquente minorité qui comptait  
« dans ses rangs plusieurs illustrations de la magistrature italienne  
« souleva en Toscane les vives protestations des municipalités,  
« des assemblées provinciales et des réunions populaires, et ce  
« mouvement d'opinion s'étendit même en dehors de la Toscane,  
« aux barreaux et aux universités de l'Italie qui s'attristaient de  
« voir ainsi rétrograder la civilisation italienne.

« Par suite de la chute du ministère dont il faisait partie,  
« l'honorable M. Vigliani, continue M. Lucas, eut pour succes-  
« seur au département de la justice, mais n'y pouvait pas avoir  
« pour continuateur l'illustre Mancini qui devait en partie sa  
« grande renommée à la motion abolitive qu'il avait fait voter à  
« Turin en 1865, par la Chambre des députés, sous l'impression  
« de son éloquente initiative. Toutefois, alors même que M. Man-  
« cini n'y eût pas été porté par ses précédents personnels, l'im-  
« popularité du procédé de rétablissement de la peine de mort  
« en Toscane, suivi par M. Vigliani pour réaliser l'unification  
« pénale, imposait à M. Mancini la présentation d'un nouveau



« Code pénal maintenant en Toscane, et généralisant en Italie, « la suppression de l'échafaud.

« Ce fut le 25 novembre 1876 que M. Mancini déposa à la « Chambre des députés le premier livre de son projet de Code « pénal sur les peines, qui étendait à toute l'Italie l'abolition de « la peine de mort avec les modifications qui devaient en « résulter dans l'échelle pénale. A la séance du 28 novembre « 1877, la Chambre des députés vota à une grande majorité « l'unification pénale par l'abolition de la peine de mort dans « tout le royaume. »

Ce vote de la Chambre des députés constituait un conflit entre les deux Chambres, dont l'une, le Sénat, prescrivait le rétablissement de la peine de mort en Toscane, tandis que l'autre en prononçait l'abolition dans toute l'Italie.

M. Lucas caractérise la gravité de ce conflit parlementaire. « Cette situation, dit-il, qui s'aggravait encore par les complica- « tions des crises ministérielles et des événements politiques, « commandait nécessairement une certaine temporisation et une « grande réserve pour laisser aux opinions dissidentes une pé- « riode d'apaisement.

« Pendant le cours des débats législatifs, du moment où la « question du maintien ou de la suppression de la peine de mort « était soumise aux délibérations du Parlement, l'exécution des « condamnations à mort avait été suspendue dans le royaume. « Cette abstention devait nécessairement se prolonger en face du « conflit parlementaire. Mais en 1879, sous l'impression de l'in- « dignation générale que souleva l'attentat de Passamante contre « le roi Humbert, la question d'exécuter le régicide produisit « une vive controverse dans la presse. L'horreur qu'inspirait cet « attentat était la même pour tous; mais la manière d'envisager « l'efficacité d'une exécution capitale excitait de profonds dissen- « timents. Envisageant l'état des choses avec la fermeté d'un « esprit calme et d'une âme magnanime, le roi, voulant que « devant le conflit parlementaire relatif à la peine de mort la « situation restât après l'attentat ce qu'elle était avant, refusa sa « signature à l'exécution de l'arrêt de mort. L'échafaud ne put « donner au fanatisme du régicide le piédestal et l'auréole du

« martyr, et Passamante ne fut plus qu'un assassin vulgaire dont  
« nul ne songea à renouveler l'attentat. »

Après avoir montré que l'intérêt de son unité politique devait promptement rappeler l'Italie à la préoccupation de l'impérieux besoin de son unification pénale, M. Lucas poursuit ainsi : « M. Mancini n'ayant présenté à la Chambre des députés que le premier livre du Code pénal voté par elle et généralisant en Italie la suppression de l'échafaud, M. Zanardelli, ministre de la justice, avait par des études ultérieures achevé la rédaction de ce projet de Code. L'impression en était même terminée, et l'honorable ministre Zanardelli allait le déposer à la Chambre des députés, lorsqu'un changement ministériel lui donna pour successeur au ministère de la Justice, M. Savelli.

« C'est ce travail de son prédécesseur auquel il rend un hommage délicat et mérité que l'honorable ministre M. Savelli a présenté à la Chambre des députés le 26 novembre dernier, sauf quelques modifications dont il donne les motifs dans un court rapport qui les précède. Le nouveau projet de Code pénal présenté le 26 novembre dernier, à la Chambre des députés<sup>1</sup>, est donc le projet Zanardelli avec le rapport de Savelli qui le précède et avec l'annexe du premier livre déposé en 1876 par M. Mancini à la Chambre des députés, et voté par elle le 28 novembre 1877.

« Si l'on a souvent reproché, dit M. Lucas, et non sans raison, aux criminalistes italiens, d'avoir dans leurs savants travaux sur la législation criminelle un peu trop négligé l'étude de la théorie de l'emprisonnement, ce reproche serait aujourd'hui immérité, ainsi que l'atteste la renommée des deux célèbres revues publiées depuis plusieurs années, l'une avec le titre de *Revue de droit pénal* sous la direction de M. Lucchini, professeur

<sup>1</sup> Depuis plus de trois mois que ce projet de Code a été déposé à la Chambre des députés, la commission chargée de son examen n'est pas encore constituée. Ce fait si regrettable, et sans précédent dans les annales parlementaires, demande une explication qu'on peut attendre sans doute de la *Revue pénale* publiée à Florence, car cette revue a déjà inséré une remarquable lettre de son savant directeur sur les entraves que le système parlementaire, par les lenteurs de sa discussion, apporte en Europe au développement progressif de la codification pénale.

« à l'université de Bologne, et l'autre avec celui de *Revue de la*  
 « *discipline des prisons*, sous la direction de M. Beltrani Scalia,  
 « directeur général des prisons d'Italie. Le nouveau projet de  
 « Code pénal lui-même en porte un heureux et significatif témoi-  
 « gnage. L'ensemble de ce projet de Code pénal ne saurait être  
 « l'objet dans un rapport verbal d'un examen critique qui me per-  
 « mettrait d'y trouver beaucoup à louer sans aller néanmoins  
 « jusqu'à une approbation sans réserve. J'indiquerai toutefois  
 « dans l'ensemble de ce projet de Code pénal, puisque l'occasion  
 « m'en est offerte, une tendance heureuse et accentuée vers une  
 « transformation qui m'avait paru dès 1827 devoir être la voie  
 « nouvelle dans laquelle devait entrer la codification de la légis-  
 « lation criminelle en substituant à la classification si compliquée  
 « des peines capitales et infamantes, la théorie de l'emprisonne-  
 « ment préventif, répressif et pénitentiaire, basée sur l'alliance  
 « des deux principes de l'intimidation et de l'amendement. Ce  
 « qui put paraître d'abord une grande témérité se rapproche  
 « chaque jour des aspirations de l'application pratique, ainsi que  
 « je l'ai déjà signalé dans une communication à l'Académie du 12  
 « mars 1881, relative à la publication du nouveau Code pénal du  
 « royaume des Pays-Bas, et ainsi que je suis heureux d'avoir à  
 « le signaler encore dans le nouveau projet de Code pénal italien.

« Toutefois à l'égard du nouveau Code pénal du royaume des  
 « Pays-Bas si remarquable et si justement remarqué et auquel  
 « j'attache un intérêt si sympathique en raison de son esprit pro-  
 « gressif, je répéterai que je ne suis pas suffisamment rassuré sur  
 « quelques mécomptes auxquels peut l'exposer une aspiration  
 « excessive à l'originalité et une tendance à devancer par les ins-  
 « pirations de la méditation les indications plus sûres de l'obser-  
 « vation pratique. Le nouveau projet de Code pénal italien me  
 « semble avoir apporté dans la voie du progrès plus de réserve et  
 « de sagesse pratique, surtout en s'abstenant de suivre le Code  
 « néerlandais dans la part exagérée qu'il a faite au régime  
 « cellulaire.

« Je suis plus disposé à louer, dans le code néerlandais le  
 « mérite de l'initiative que celui du véritable rôle de la théorie  
 « de l'emprisonnement dans la codification pénale.

« Je crois, dit M. Lucas, m'être renfermé dans le cadre de ce rapport verbal relatif à l'enfantement laborieux de la codification pénale en Italie depuis 1874, qui avait pour objet d'en exposer les difficultés exceptionnelles, d'en suivre les différentes phases, d'en constater les incidents parmi lesquels s'est produit le plus grave qu'on eût à craindre, celui d'un conflit parlementaire entre les deux Chambres se prononçant, l'une pour le rétablissement de l'échafaud en Toscane, et l'autre au contraire pour sa suppression générale dans tout le royaume. Mais du moment où le Gouvernement, par le nouveau projet de Code pénal présenté le 26 novembre à la Chambre des députés, vient d'adhérer définitivement à la seconde solution, l'Italie confiante dans le patriotisme éclairé du Sénat peut espérer qu'elle touche enfin au moment de voir se réaliser son unification pénale par la solution la meilleure, celle qui au lieu de faire rétrograder sa civilisation y réaliserait au contraire un grand progrès humanitaire pour l'honneur de son avenir. »

CODE PÉNAL DU ROYAUME DES PAYS-BAS<sup>1</sup>.

L'honorable M. Aucoc, qui préside au Ministère de la justice avec un zèle si actif et si éclairé, les travaux de la Société de législation comparée dont les publications ont déjà rendu de si grands services à la science, dépose à la même séance sur le bureau de l'Académie la traduction en français du Code pénal du royaume des Pays-Bas, du 3 mars 1881, volume imprimé aux frais de l'État sur la proposition du Comité de législation étrangère et avec l'autorisation de M. le Garde des sceaux. Ce Code a été non-seulement traduit, mais annoté, dit M. Aucoc, par M. Willem-Joan Wintgens, avocat, à la Haye, attaché au Ministère de la guerre et la traduction a été soumise à la révision du savant M. Dareste, membre de l'Institut de France et de la Cour de cassation, auquel l'auteur a témoigné sa gratitude par la lettre suivante imprimée en tête du volume :

« Monsieur le Conseiller,

« Vous avez bien voulu revoir cette traduction du Code pénal des Pays-Bas, que le Comité de législation étrangère honorait

<sup>1</sup> 1 vol. in-8, Imp. nat., F. Pichon, éditeur.

« de son patronage. Je sais tout ce que je dois à vos précieux  
« conseils. Je vous prie d'agréer l'expression de ma vive gratitude  
« et de mes sentiments respectueux. » W.-J. WINTGENS.

M. Aucoc rappelle que le Code pénal français de 1810 fut introduit en Hollande, en même temps que les autres Codes français, par un décret impérial du 1<sup>er</sup> mars 1811.

Mais dès que la Hollande eut recouvré son indépendance, au mois de décembre 1813, un des premiers actes du nouveau gouvernement fut de décréter le maintien seulement provisoire de ce Code en y introduisant plusieurs modifications. Bientôt après, la loi fondamentale du 29 mars 1814 prescrivit la rédaction d'un nouveau Code pénal qui se fit longtemps attendre, puisqu'elle ne s'est réalisée que le 3 mars 1881, date à laquelle le nouveau Code pénal voté par les deux Chambres fut sanctionné par le roi.

On lit dans la courte introduction à ce Code : « Quoique promulgué le 3 mars 1881, le nouveau Code pénal ne doit entrer en vigueur qu'au jour qui sera déterminé par une loi ultérieure.

« Les rédacteurs du nouveau Code pénal des Pays-Bas ont voulu faire une œuvre originale et nationale. Sans méconnaître le mérite du Code de 1810 qui fut un progrès à cette époque, ils ont voulu traduire en loi les principes aujourd'hui reconnus et proclamés par les plus célèbres criminalistes, et donner en quelque sorte le dernier mot de la science du droit criminel en 1881. Les peines infamantes sont supprimées. Il en est de même de la distinction entre les délits et les crimes. Toute infraction constitue un délit ou une contravention. Les circonstances atténuantes n'existent plus. Par contre le minimum de la peine est réduit à sa plus simple expression et uniformément dans tous les cas. La peine fondamentale est l'emprisonnement cellulaire. Les autres peines sont la détention ou emprisonnement simple et l'amende. Nous ne parlons pas des peines accessoires.

« Le régime cellulaire est tempéré par l'admission du système de la libération conditionnelle et révoicable.

« Les conditions de l'imputabilité sont rigoureusement définies. La tentative n'entraîne plus la même peine que le délit consommé, cette peine est toujours diminuée d'un tiers. »

M. Aucoc appelle l'attention sur ce fait que le législateur néerlandais a réussi à réunir en 475 articles toutes les dispositions pénales en vigueur à l'exception des lois fiscales et militaires. C'est donc un travail complet et qui mérite bien le nom de Code. Reste à savoir jusqu'à quel point l'expérience donnera raison au législateur néerlandais et justifiera ses innovations. Cette expérience n'a pas encore commencé, car le nouveau Code ne peut être mis en vigueur avant que le pays soit complètement pourvu de prisons cellulaires. Mais elle ne saurait tarder longtemps, et, dès à présent, il a paru utile de faciliter au public français l'étude d'une œuvre aussi remarquable à tous égards. G. CONIAC.

DE L'IMPORTANCE ET DE LA DIFFICULTÉ DE L'APPRECIATION DU FAIT,

PAR M. SAINCIBLETTA, avocat à Bruxelles,  
Ancien ministre des travaux publics de Belgique,  
membre de la Chambre des Représentants.

UN CAS INTÉRESSANT.

Comme toutes les autres sciences, le droit doit être sans cesse à l'étude. Si la vérité a des lois, le droit n'a que des règles. Il ne crée point le mouvement social, sa tâche est de le régulariser. Il doit marcher du même pas et le soutenir en l'éclairant. S'il s'attarde, il le ralentit, le gêne, le fait dévier. L'histoire ne le montre que trop : une législation surannée, une jurisprudence sans flexibilité, ne sont pas les moindres fléaux d'une société.

Plus la vie sociale devient active, complexe, scientifique, plus la connaissance exacte du fait devient nécessaire, et aussi, difficile, aux gens de droit.

Les Chambres modernes valent mieux que les anciens Conseils. A côté des hommes instruits du droit commencent de venir siéger quelques hommes instruits du fait. De l'échange de leurs observations et de leurs idées naissent des transactions, pas toujours élégantes, souvent heureuses, entre les exigences nouvelles du fait et les traditions respectables du droit. On peut, dans les lois contemporaines, reprendre des incorrections, des lacunes, parfois des excès. Il est impossible de nier qu'elles ne soient, mieux que leurs aînées, faites à l'image de la société.

Dans la magistrature, les juristes sont sans presque de contre-

poïds. Les tribunaux élus par le commerce n'ont quelque mince autorité qu'en matière maritime. Les autres forces sociales n'ont aucun représentant. Les experts, souvent désignés sans sagacité, étroitement confinés dans des besognes matérielles, n'exercent d'ailleurs qu'une influence de second ordre. Le droit règne sans partage, s'entête de ses précédents, se rebelle contre les nouveautés économiques.

Il y a un très intéressant exemple de la lutte persistante du fait et du droit, du fait se développant et se caractérisant avec une énergie croissante, du droit se refusant à consacrer le fait et, dans sa résistance, allant jusqu'à méconnaître ses plus anciennes et ses plus claires théories.

Je veux parler du contrat de transport : d'abord, du transport des choses par les chemins de fer, des clauses par lesquelles les administrations, en de certains cas et à de certaines conditions, déclinent la garantie de la perte, de l'avarie, du retard, de la résistance obstinée des juristes à l'usage de ces clauses, des contresens commis au cours de cette résistance ; puis, du transport des voyageurs, des dommages-intérêts alloués en cas d'accident, d'une confusion complète entre la *responsabilité* et la *garantie*, de solutions aussi contraires à l'équité qu'à la raison.

Je montrerai comment l'analyse incomplète et inattentive du fait conduit à construire des théories de droit qui, réflexions faites, se trouvent acculées à la contradiction des principes.

## I.

### DU TRANSPORT DES CHOSSES. — RESPONSABILITÉ ET GARANTIE DU VOITURIER.

#### *Clauses élisives et clauses limitatives.*

Rien ne se fait de rien. Tout ce qui est produit coûte. Tout ce qui coûte se vend. Tout ce qui s'achète doit être payé. Voilà des maximes dont il est bon de se souvenir, quand on étudie un problème de droit commercial.

Lorsqu'une chose parvient à l'arrivage, telle qu'elle était au départ, cela semble tout simple. On oublie qu'à côté du déplacement, il y a eu la garde et la conservation de la chose. Parce qu'on paie du tout un prix non décomposé, on incline à croire

que les soins accessoires ne coûtent rien au voiturier et qu'il les donne. Grande est la méprise. Cet ensemble de constatations, de précautions, de soins, d'écritures, qui défend la chose de la perte et de l'avarie, dépense du matériel, du travail, du temps. Cela compte, et pour beaucoup, dans le prix de revient du transport. Le voiturier qui, faisant ces frais, n'en serait pas remboursé, courrait à la faillite.

En d'autres termes, les biens incorporels s'achètent, se vendent, se paient comme les autres. Vous voulez du confort, de la vitesse, de la sécurité. On ne peut produire ces biens qu'à prix d'argent. Payez-les, vous les aurez; vous n'en voulez pas, ou vous n'en voulez pas au prix qu'on en demande, soit, personne n'est contraint d'acheter.

Dans tout ce débat, si long et si obstiné, entre les administrations de chemins de fer et leurs clients, la magistrature n'a vu et entendu que les amateurs de garantie. Elle a ni aperçu ni interrogé les autres.

Or les autres sont nombreux, beaucoup plus nombreux, beaucoup plus importants que ceux qui se plaignent et qui réclament.

Il y a, d'abord, ceux dont les envois ne peuvent ni se perdre ni s'avarier. Un chargement homogène et complet peut être égaré; il ne peut pas être perdu. La plupart des matériaux ne peuvent être avariés. Terres, minerais, charbons, pierres brutes, briques, bois en grume, fontes, etc., n'ont rien à craindre des intempéries.

Il y a ensuite ceux qui trouvent le prix de la garantie trop élevé et qui préfèrent s'adresser à un assureur autre que le voiturier ou rester leur propre assureur.

Il y en a, enfin, à qui il suffit de la garantie contre de certains périls spéciaux ou jusqu'à concurrence de certaines mesures.

Pourquoi réglerait-on le trafic de la sécurité autrement que celui de la vitesse et du confort? On laisse monter dans les voitures de seconde classe, les voyageurs qui ne veulent pas acheter des tickets de première. On crée des trains d'une sage lenteur à l'usage de ceux qui ne veulent ou ne peuvent acheter de la grande vitesse. Pourquoi infligerait-on la dépense de la garantie à qui la trouve inutile ou trop chère?

Il n'y a aucune raison de restreindre, en matière de transport,



la pleine liberté qu'en toutes les autres matières on laisse si judicieusement aux intéressés. Le transport est une industrie aussi digne de développement et de progrès qu'aucune autre. Le législateur de 1808 n'a nulle part manifesté l'intention de la mettre hors la loi commune. Les formules légales des contrats ne fixent les droits des parties qu'à défaut de stipulations spéciales qui y dérogent. La formule légale du contrat de transport n'est pas autre. Si elle met la perte et l'avarie à la charge du voiturier, c'est sauf dérogation. Et, pendant un long temps, les conditions et les prix de la garantie ont été débattus, absolument comme les degrés et les prix de la vitesse.

Mais, viennent les chemins de fer, et, avec eux, des voyageurs de toutes les classes, des marchandises de toutes les natures, de toutes les valeurs, dans toutes sortes de conditions, pour être transportés d'après des modes différents. Les administrations ne tardent pas à constater que, dans le coût de tous ces genres de transport, il y a un élément commun et des surcroîts spéciaux. Aussitôt se pose, devant elles, la question de savoir par qui elles se feront rembourser ces surcroîts spéciaux de dépense. La solution naturelle et rationnelle est de les demander à qui en profite. Elles vendent donc à des prix spéciaux, formant surtaxes, le confort, la vitesse, etc.

Ainsi, quant aux choses, on les transporte à grande vitesse ou à petite vitesse, par le matériel commun ou par un matériel spécial, à charge homogène et complète, ou à charge hétérogène et incomplète, emballées ou en vrac, en wagon couvert ou en wagon découvert, avec bâche ou sans bâche, avec une seule et même lettre de voiture ou avec cinquante lettres de voiture diverses : fallait-il ne fixer qu'un seul et même prix pour tous ces genres si différents de transport ?

L'hésitation n'était pas possible ; il a fallu proportionner les prix aux besognes.

En ce qui concerne particulièrement la perte et l'avarie, était-il possible de soumettre au même tarif les marchandises qui ne peuvent être détruites ou avariées que par un accident de train, comme les minerais, et celles qui peuvent l'être de diverses manières, comme les ballots de tissus, les marchandises réfractaires

aux intempéries et les marchandises sujettes à de promptes et graves détériorations, les fers en barre et les grains ; les charges complètes et homogènes qui ne peuvent guère être perdues et les petits paquets ; les envois de grande valeur et les envois sans presque de valeur, les plis de titres au porteur et les boîtes de gants ? C'eût été, on en conviendra, d'une extrême iniquité.

Les administrations ont donc pris la résolution, honnête autant qu'habile, de faire payer les garanties, comme les autres éléments du transport, par qui en use et dans la mesure où l'on en use. Elles ont, à l'origine, procédé par voie de traités particuliers débattus avec leurs clients. Mais bientôt, sur les réclamations des expéditeurs, les traités particuliers leur ont été interdits et il leur a été prescrit de recourir à des règles générales.

C'est alors qu'elles ont inséré dans leurs règlements et tarifs des clauses élisives et des clauses limitatives de la garantie.

Par les premières, les administrations offrent à ceux de leurs clients qui, d'avance, renoncent à toute garantie ou se contentent de quelques chefs de garantie, des réductions de prix proportionnelles.

Par les autres, les administrations, acceptant le principe de la garantie, en limitent les effets.

Aux dommages-intérêts de droit, elles substituent des indemnités conventionnelles, mais en ajoutant qu'elles se tiennent pour obligées d'assurer à leurs clients telles indemnités qu'il leur plaira de fixer, et notamment, bien entendu, le paiement d'une prime proportionnelle.

En résumé, le chemin de fer dit aujourd'hui à son client : « Aux prix pleins de mon tarif correspond la garantie de droit. — Ne voulez-vous d'aucune garantie ? — Je vous fais un rabais. — Voulez-vous d'une garantie, mais d'une garantie moindre que la garantie de droit ? — Je réduis mon prix. — Voulez-vous d'une garantie extraordinaire ? — Je vous la vends, mais pour un prix plus qu'ordinaire. »

Qu'y a-t-il là de nouveau, d'étrange, d'illicite ?

N'est-ce pas ce qui se fait en toutes matières de contrats et ce que faisaient, avant le chemin de fer, le roulier, le batelier, le messager ?

Mais on ne trouve pas toujours de premier jet l'expression exacte d'une idée.

Les administrations ont eu le tort de parler de responsabilité au lieu de se borner à parler de garantie et, arrivant des pertes ou avaries causées par leurs agents, d'opposer les clauses élisives ou limitatives de la *garantie* dans des cas de *responsabilité* <sup>1</sup>.

Aussitôt, auteurs, professeurs, magistrats, d'écrire, d'enseigner, de juger que les clauses élisives ou limitatives de la responsabilité des chemins de fer sont nulles de plein droit comme contraires à l'ordre public.

Il y avait cependant à distinguer deux ordres d'idées et de faits parfaitement indépendants l'un de l'autre.

S'il est exact de dire qu'on ne peut, d'avance, stipuler qu'on ne répondra pas de ses fautes délictuelles ou de son dol; que la réparation du dommage causé par une faute délictuelle ou par un dol est d'ordre public; que la *responsabilité* doit rester entière;

<sup>1</sup> En droit moderne, on dit que chacun est *responsable* du dommage qu'il a causé par son fait (art. 1383), *responsable* du dommage causé par le fait des personnes dont il doit répondre (art. 1384), *responsable* du dommage causé par l'animal dont il est propriétaire ou dont il se sert (art. 1385), *responsable* de la ruine du bâtiment dont il est propriétaire (art. 1386), civilement *responsable* des délits commis par les personnes dont on répond (art. 194, 216 et suivants, Inst. crim.); mais, quand il s'agit du tort fait par l'inexécution d'un contrat, c'est des mots *garant*, *garantie*, *garantir*, que se sert presque toujours la loi moderne. Le vendeur doit à l'acheteur la *garantie* de la possession paisible de la chose vendue (art. 1625) et la *garantie* des défauts cachés de cette chose (art. 1641). Le bailleur doit au preneur la *garantie* de tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage (art. 1721). Les cohéritiers demeurent respectivement *garants* les uns envers les autres des troubles et évictions (art. 884). Ils se doivent, dans de certains cas, la *garantie* de la solvabilité des débiteurs (art. 886). Les tireurs et les endosseurs d'une lettre de change sont *garants* solidaires de l'acceptation et du paiement à l'échéance (art. 118). Nous parlons du *quod plerumque fit*. Les rédacteurs des Codes ont cependant, eux-mêmes, parfois employé le mot *responsabilité* dans le sens général embrassant la garantie. Ainsi, dans le Code civil, les voituriers *répondent* non-seulement de ce qu'ils ont déjà reçu dans leurs bâtiment ou voiture, sont *responsables* de la perte et des avaries (art. 1783 et 1784), tandis que le Code de commerce dit que le voiturier est *garant* de l'arrivée, *garant* des avaries, *garant* des faits de l'intermédiaire (art. 97, 98, 99, 108).

il est inexact de dire que l'on ne peut d'avance stipuler l'exonération de la *garantie* ouverte par des fautes contractuelles ; — pareille stipulation étant autorisée de la façon la plus formelle par le droit moderne aussi bien que par le droit ancien ; — il est inexact de dire que semblable clause est contraire à l'ordre public, puisque l'ordre public ne saurait être mis en question dans un débat de pur intérêt privé ; il est inexact de dire que les stipulations élisives ou limitatives de la *garantie* sont nulles ; en toutes matières de contrats, elles sont valables.

Il fallait donc faire remarquer aux administrations que leurs clauses étaient conçues en termes trop généraux, qu'elles n'étaient licites qu'en ce qui concernait la *garantie* et ne pouvaient être opposées quand il s'agissait de *responsabilité*.

L'emploi de termes impropres a conduit à de fausses applications des règles.

Il faut rappeler les principes. Par *responsabilité*, on entend le lien de droit qui jaillit de la faute *délictuelle*, c'est-à-dire de l'agression dommageable et injustifiable du droit d'autrui. Par *garantie*, il faut entendre le lien de droit qui naît de la faute *contractuelle*, du manque d'exécution de la promesse faite.

Le dol est assimilé à la faute délictuelle, parce que la malignité expulse la bonne foi, que, là où il n'y a pas bonne foi, il n'y a pas de contrat, parce que, comme l'a dit Bigot Préameneu : « le dol établit contre celui qui le commet une nouvelle obligation différente de celle qui résulte du contrat. »

C'est une loi d'ordre public qui fait la *responsabilité* ; c'est le contrat qui fait la *garantie*. On ne peut opposer un pacte à la loi, parce qu'on ne peut faire prévaloir des intérêts privés contre l'intérêt public ; on peut substituer une convention à une formule légale de contrat, la volonté réelle des parties à leur volonté présumée, des dommages-intérêts convenus aux dommages-intérêts de droit, parce que ce ne sont là qu'affaires privées.

En toutes matières de contrats, les parties ont pleine et entière liberté de convenir, à leur gré et à leur guise, des suites du manque d'exécution par l'une d'elles de ce qu'elle a promis.

En d'autres termes, les pactes par lesquels les parties éliminent de leurs rapports juridiques la *garantie* définie dans la formule

légale du contrat, la modifient, l'augmentent ou la diminuent, ces pactes sont parfaitement licites.

Il n'est pas nécessaire d'en fournir d'autre preuve que l'insertion de la clause pénale parmi les pactes autorisés par le Code Napoléon. La clause pénale n'est autre chose que le règlement conventionnel des dommages-intérêts dûs par celui qui, de bonne foi, manque d'exécuter le contrat principal. Elle n'est pas due, quand l'inexécution de ce contrat résulte d'une cause étrangère, du vice propre de la chose, d'un cas fortuit, d'une force majeure. Elle ne libère pas celui qui a commis un dol. Elle esdue, dans toutes les fois et dans les fois seulement, où celui qui a promis, manque, de bonne foi, à sa promesse. Elle implique donc la faute réputée imputable, et cela sans distinction ni restriction.

La disposition de l'article 1152 du Code civil, édictant que « lorsque la convention porte que celui *qui manquera de l'exécuter* payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre, » cette disposition est générale. Que la somme stipulée soit d'un centime ou d'un million de livres sterling, il n'importe pas. La clause est licite dans l'un aussi bien que dans l'autre cas.

La clause pénale suffit donc à prouver qu'il est parfaitement licite de stipuler qu'on ne sera pas garant des fautes contractuelles de soi-même ou de ses employés.

C'est ce qu'a fini par reconnaître la Cour de cassation de Belgique, après une série d'évolutions dont l'étude est du plus haut intérêt.

En 1869, la Cour d'appel de Bruxelles <sup>1</sup> décide que les conditions générales des tarifs ont force de loi comme *règlement administratif*.

La Cour de cassation refuse de poser le débat sur ce terrain <sup>2</sup>. Elle juge que les conditions générales des tarifs ne sont obligatoires *qu'à titre de contrat*. Mais, confondant la garantie avec la responsabilité, elle ajoute que ces conditions générales ne peuvent soustraire le voiturier à la responsabilité de sa faute ni à la responsabilité de la faute commise par ses préposés dans

<sup>1</sup> Arrêt d'appel du 24 mai 1869.

<sup>2</sup> Arrêts du 4 février 1870.

l'exercice des fonctions auxquelles il les a employés. « La protection à laquelle les intérêts des expéditeurs ont droit leur est garantie par un principe d'ordre public. »

La Cour ne tarde pas à concevoir des doutes sur la justesse de cette dernière idée. En 1872 <sup>1</sup>, elle proclame que « le contrat se forme par le fait de l'expédition de la marchandise sous le régime des tarifs et que la limitation de la responsabilité pour le cas d'inexécution du contrat est licite, »

En 1874 <sup>2</sup>, elle fait un pas de plus et juge que « le relief de responsabilité est obligatoire jusqu'à preuve de dol ou de faute lourde. » « Attendu, dit l'un des arrêts <sup>3</sup>, que la clause de non garantie, en tant qu'elle n'a pas pour effet d'affranchir l'administration des conséquences de son dol, n'a rien d'illicite; il est permis, en effet, de convenir qu'un débiteur sera tenu de plus ou moins de soins que n'en exige en général la nature du contrat, et les faits entachés de dol sont les seuls dont les parties ne pourraient, sans léser la morale, décliner d'avance la responsabilité. »

En 1878, on trouve la vraie formule de la décision et de ses motifs. « Attendu que l'art. 1152 du Code civil consacre un principe général applicable en matière de transports; que l'État a pu régler, d'avance et à forfait, les conséquences de l'inexécution du contrat, dans les cas qui engagent sa responsabilité, ce qui suppose l'existence d'une faute; que ce forfait ne peut cesser d'être obligatoire, par cela seul qu'une faute est constatée <sup>4</sup>. »

Et, enfin en 1879, on en arrive à désavouer l'assimilation de la faute lourde au dol et à énoncer la règle définitive,

« Considérant que l'art. 1152 du Code civil permet de fixer à « forfait, d'une manière absolue, toutes les conséquences dommageables de l'inexécution du contrat, et quelle que soit la « cause de cette inexécution, sauf le cas de dol.

« Considérant que des énonciations du jugement, il résulte que

<sup>1</sup> Arrêts du 8 février 1872, du 30 mai 1872, du 25 juillet 1872.

<sup>2</sup> Arrêts du 7 mai 1874, du 30 novembre 1876,

<sup>3</sup> Arrêt du 26 octobre 1877.

<sup>4</sup> Arrêt du 27 décembre 1877.

« la disparition de la laine dont il s'agit n'est dûe qu'à la faute  
« de l'État †. »

Mais cette opinion de la Cour de cassation de Belgique n'a été partagée ni par la Cour de cassation de France ni par la majorité des auteurs et des professeurs. Il a bien fallu faire la part de l'art. 1152, mais on s'est ingénié à la faire insignifiante et voici ce dont on est accouché, non sans douleurs.

On avait dit d'abord : « Il n'est pas permis, au moyen du contrat d'assurance ou de tout autre pacte de stipuler d'avance l'impunité de ses fautes. » On a dit ensuite : « Si une clause semblable ne peut avoir pour effet d'affranchir les compagnies de la responsabilité des fautes commises par elles ou leurs agents, elle a, du moins, pour résultat, en opposition aux règles ordinaires en matière de transport, de mettre la preuve de ces fautes à la charge du propriétaire de la marchandise. »

C'est de fautes contractuelles qu'il s'agit, puisque pour les fautes délictuelles, la preuve est de droit et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation, à la charge du propriétaire de la marchandise. Il eût donc fallu se servir du terme *garantie*, non du terme *responsabilité*.

Pour plus de netteté, je le rétablis dans le texte et je lis :

« Si une clause semblable ne peut avoir pour effet d'affranchir les compagnies de la garantie des fautes commises par elles ou par leurs agents, elle a du moins, pour résultat, en opposition aux règles ordinaires du transport, de mettre la preuve de ces fautes à la charge du propriétaire de la marchandise. »

C'est reconnaître que la clause dont il s'agit n'est pas contraire à l'ordre public. De ce point de vue, il n'y a pas de moyen terme; une clause est contraire ou conforme à l'ordre public; elle ne peut pas plus être l'un et l'autre que ni l'un ni l'autre.

Mais, si elle est conforme à l'ordre public, de quel droit lui marchandé-t-on ses effets ?

L'accord des volontés contractantes ne s'est point fait sur la question de preuve, par l'excellente raison que, selon leur intention commune, il n'y a pas de preuve à faire.

Je stipule de vous que je n'aurai pas à vous garantir des suites

† Arrêt du 9 janvier 1879.

de ma faute contractuelle. Vous renoncez à exercer contre moi toute garantie de ce chef. Nous entendons donc qu'il ne soit pas demandé de garantie, c'est-à-dire que, si une demande est formée, elle soit déclarée non recevable; que, partant, il n'y aura jamais de preuve à faire. Encore moins, avons-nous agité la question de savoir par qui la preuve serait faite et contre qui. Arrive un juriste qui nous dit : à moi, « vous avez stipulé que vous ne seriez pas garant, vous le serez; » à vous, « vous avez renoncé à la garantie, vous la conserverez; » à tous les deux, « vous ne voulez pas de procès, vous en aurez un; » « vous vouliez que la demande de preuve ne fût pas recevable, elle le sera. »

En vérité, ce n'est plus là sanctionner la volonté des parties contractantes, c'est y substituer la volonté du juge.

Si les parties avaient eu l'intention que leur prête le juriste de déroger aux règles ordinaires quant à la preuve et rien que quant à la preuve, il leur était bien naturel et bien facile de le dire. Il suffisait d'exprimer leur commune intention de mettre la preuve de la faute contractuelle du voiturier à la charge de l'expéditeur.

Dire : « le voiturier ne sera pas garant de ses fautes contractuelles, » et dire : « l'expéditeur devra prouver les fautes contractuelles du voiturier, et, la preuve faite, le voiturier en sera garant, » sont-ce donc langages identiques ?

Mais on fait chose bien plus grave que de donner même sens à deux formules différentes. On assimile, maintenant, du point de vue de la preuve, tantôt du point de vue du dédommagement, deux situations qui n'ont aucun trait de commun.

Qu'il me soit permis de recourir une fois encore au fait pour mieux faire comprendre le droit.

Les compagnies ne peuvent échapper à la responsabilité des vols commis en service par leurs agents. Car, c'est une loi d'ordre public qui rend le commettant responsable du dommage causé par le fait délictueux du commis. Et, c'est une autre loi d'ordre public qui fait du vol un attentat. En aucun point, il n'y a là de place pour un pacte.

Mais les administrations peuvent très efficacement stipuler qu'elles ne seront pas garantes, par exemple, des vices du bûchage fait par leurs ouvriers. C'est qu'elles n'en sont garantes



de droit qu'en suite des rapports créés entre les expéditeurs et elles, entre elles et leurs ouvriers, rapports contractuels et d'ordre privé. Là, en aucun point, le pacte ne peut se heurter à l'ordre public.

Vous raidissant contre la volonté formellement et nettement exprimée des parties contractantes, vous assimilez le bâchage mal fait au vol, de quel droit scinderez-vous plus tard cette assimilation? Ecartant le contrat, vous admettez l'expéditeur à prouver contre le voiturier le bâchage mal fait, au même titre et par les mêmes moyens que vous l'admettez à prouver le vol. Quand il s'agira de la réparation, de quel droit ferez-vous réapparaître le titre, que vous avez fait disparaître quand il s'agissait de la preuve?

Cela est impossible, et, dans la position que vous avez prise, la logique vous oblige à allouer du chef de la faute contractuelle les mêmes dommages-intérêts que du chef de la faute délictuelle.

C'est ce qui se voit, tous les jours, en matière de dommages-intérêts pour homicide, coups et blessures.

## II.

### TRANSPORT DES PERSONNES. — CONFUSION DE LA RESPONSABILITÉ AVEC LA GARANTIE.

#### *Méthode erronée suivie dans l'allocation des dommages-intérêts.*

Un homme est tué par un train au croisement de la voie ferrée et d'une route. L'administration est *responsable* du fait délictueux de l'agent en service qui a omis de fermer la barrière.

Un homme est tué dans un train par suite du bris d'un essieu. L'administration est *garante* de tout défaut de son matériel.

Toutes les autres conditions étant égales, l'indemnité allouée par justice sera de la même importance dans les deux cas. Pourtant, ils n'ont aucun élément commun.

Dans le premier, il s'agit d'un de ces engagements où, comme le dit Tarible, la convention n'a interposé si sa foi ni son lien. L'auteur et la victime de l'accident n'ont poursuivi aucun but commun, n'ont traité d'aucun risque. L'un a, sans justification possible, attaqué le droit de l'autre; l'autre n'avait aucune raison

de se garder d'une façon particulière contre le sinistre qui l'a atteint.

Dans le second, il y a contrat, lien, foi, but commun poursuivi, risques considérés et appréciés ensemble. C'est en rendant à l'autre le service demandé et promis, que l'un a commis la faute déplorée. Et l'autre, de son côté, n'a pas ignoré qu'en demandant à être transporté par chemin de fer, il s'exposait à de certains périls.

Allouer dans le cas où il y a contrat la même réparation que dans le cas où la convention n'a « *interposé ni sa foi ni son lien* », c'est méconnaître ouvertement la volonté du législateur, c'est refuser d'appliquer l'art. 1150 du Code civil, c'est faire une fausse application de l'art. 1382.

J'entends l'objection. C'est la loi pénale, me dira-t-on, qui fait la confusion. Elle qualifie de délit tout défaut de prévoyance ou de précaution qui, sans intention d'attenter à la personnalité d'autrui, cause la mort ou des lésions corporelles involontaires. Dans l'une comme dans l'autre des deux situations que vous venez d'analyser, il y a délit puisque l'homicide ou les lésions corporelles procèdent d'un défaut de prévoyance ou de précaution.

Je réponds qu'il ne s'agit point de la qualification du fait, mais du règlement des dommages-intérêts; que, même au criminel, les tribunaux et Cours ne peuvent déterminer le montant des dommages-intérêts que lorsque la loi ne les a pas réglés; que l'art. 51 du Code pénal implique le devoir d'appliquer l'art. 1150 du Code civil.

D'ailleurs la qualification n'est pas, comme la peine, susceptible de nuances. La gravité de la peine doit être graduée d'après l'intensité du défaut de prévoyance et de précaution et il en doit être des dommages-intérêts comme de la peine. La loi ne peut pas se refuser à faire, même du point de vue du dédommagement, une grande différence entre l'auteur involontaire d'un attentat et l'homme qui, de bonne foi, ne réussit pas à faire ce qu'il a promis. En cela, la loi positive est conforme à la loi naturelle. Personne ne met sur la même ligne le chirurgien qui manque une opération et le chasseur qui tue par une maladresse.

En montant dans un wagon, en descendant dans une barque, en entrant dans une mine, en marchant sur un toit, évidemment,

on ne compte pas sur la même sécurité qu'on trouve à son foyer. On ne soutiendra pas que le puddleur de fer, le souffleur de verre, le scaphandrier, le malade qui se laisse endormir, ignorent à quels dangers le métier qu'ils ont choisi, le traitement qu'ils ont accepté, expose leur santé et leur vie.

Il doit y avoir, entre les deux sortes de réparations, le même écart qu'entre les deux fautes, qu'entre les deux états des volontés de l'auteur et de la victime de l'accident.

Mais voici une seconde catégorie d'arrêts dont il est plus difficile encore de rendre compte.

Six voyageurs vont de Paris à Bordeaux. Munis du même billet, ils prennent place dans le même compartiment et périssent dans le même accident. On croira sans doute qu'ayant couru même risque, acheté même garantie, ils ont acquis et transmis le droit à une même réparation. Il n'en sera rien. Les dommages-intérêts alloués par les tribunaux, loin d'être de la même importance pour tous, seront d'importance fort inégale. — Selon l'état des familles? — Du tout. — Selon la personnalité des victimes, leur condition sociale, leur profession, leurs affaires, voire leur fortune. L'opérateur en renom, la chanteuse en faveur, le financier en vogue, seront, quoique célibataires, prisés bien plus haut que de pauvres hères, indispensables soutiens de leurs femmes et de leurs enfants.

Mais, dira-t-on, il y a là une solution aussi contraire au bon sens qu'à l'équité. Pourquoi donc la justice, pour déterminer les dommages-intérêts, prend-elle en considération, non pas les circonstances du fait, toutes communes aux six victimes, mais des circonstances aussi extrinsèques que la condition sociale, la profession, les affaires, toutes choses inconnues du transporteur, dont il n'avait pas à s'inquiéter, qui n'ont en rien influé sur le service qu'il a rendu non plus que sur le prix qu'on lui en a payé? Ces gens ont demandé à la compagnie le même service, ils se sont fiés à sa foi dans la même mesure, ils se sont présentés à elle dans la même qualité comme des unités à transporter, sans faire le moins du monde montre de leur personnalité. Comment, ayant subi même sort, cessent-ils, après l'accident d'être des unités pour devenir des personnalités?

La réponse est simple. C'est que la justice applique les règles de la *responsabilité* là où ne sont de mise que les règles de la *garantie*. C'est qu'elle n'aperçoit pas le contrat, ou que, l'apercevant, elle ne veut pas le voir.

Autrement, elle n'accorderait que les dommages-intérêts prévus ou à prévoir lors de la formation du contrat et ne distinguerait pas d'office des personnalités parmi des gens qui se sont confondus en une masse. Elle dirait à ceux qui se nomment après coup : que ne vous déclariez-vous avant? Vous prétendez à une valeur plus que moyenne : que ne payiez-vous, d'un prix autre que le prix moyen, une garantie extraordinaire.

Refuser de tenir compte du contrat préexistant entre l'auteur et la victime d'un accident, attribuer les mêmes effets à la faute contractuelle qu'au fait délictueux, ce n'est pas seulement fermer les yeux, méconnaître les faits, se mettre volontairement en dehors et à côté de la vérité, c'est aussi, c'est surtout empêcher la situation qu'on prétend régler de se corriger d'elle-même et de se compléter spontanément. C'est, comme disent les médecins, entraver le travail de la nature.

A l'insuffisance, en de certains cas, du dédommagement dû en vertu du contrat, il est un correctif très indiqué. L'indemnité normale ne vous satisferait pas en cas de sinistre; que n'achetez-vous, par une assurance, le droit éventuel à telle indemnité extraordinaire qu'il vous convient de fixer?

En allouant aux victimes des accidents de transport des dommages-intérêts déterminés en considération de la personnalité, les tribunaux rendent l'assurance inutile ou plutôt ils l'empêchent de naître et de s'organiser.

Réflexion faite, la situation est pire encore. La jurisprudence actuelle fait à la personnalité sa part aux frais des masses. Elle évite à ceux qu'elle distingue les ennuis et les frais d'une assurance; elle leur en alloue le profit. Qui donc supporte les indemnités? — Les administrations? — Non. — Elles n'en font que l'avance. — Ce sont les masses qui les supportent en définitive. C'est d'elles que vient le fonds d'assurance.

Cela cessera quand la magistrature voudra bien lire attentivement le fait, voir un contrat là où il y en a un, ne pas donner

à la faute contractuelle les suites du fait délictueux, constater les raisons de ces agissements.

La tendance générale de notre époque est de diviser le travail et de spécialiser les fonctions. On commence à reconnaître qu'il est impossible, par exemple, de surcharger le capitaine d'attributions de toute sorte, qu'il faut en réduire la mission à la direction maritime du navire et charger un subrécargue de toute la partie commerciale. On reconnaît que le voiturier ne doit être qu'un cocher, et que c'est le distraire de son emploi naturel que d'en faire un agent en douanes, un encaisseur, un dépositaire, un mandataire du vendeur. On arrivera aussi quelque jour à avouer que, dans une civilisation compliquée, il est impossible de demander à un homme la parfaite et complète connaissance du fait autant que du droit, qu'il y a nécessité d'introduire dans le pouvoir judiciaire un élément nouveau et de mieux associer la jurisprudence au travail des autres forces sociales. Alors se posera un des plus intéressants problèmes que jamais les législateurs aient eu à résoudre.

SAINCTELETTE.

---

DE QUELQUES MODIFICATIONS URGENTES

**A LA LÉGISLATION DU NOTARIAT**

Par M. H. LESPINASSE, président honoraire à la Cour de Pau.

En considérant l'importance des attributions conférées par la loi aux notaires, et en mettant en regard les garanties qu'elle exige d'eux pour sauvegarder les intérêts majeurs qu'elle oblige le public à leur confier ou s'effraie involontairement des dangers qui pourraient résulter de pouvoirs si étendus. Plus d'une fois des abus de confiance, des détournements de deniers, des faux en écriture publique ou privée ont justifié ces craintes, sans amener des mesures de précaution qui semblaient impérieusement réclamées. Tout récemment, un notaire a été condamné aux travaux forcés pour des faits de cette nature; deux autres à plusieurs années d'emprisonnement. Dans un seul département, un de ces officiers publics s'est enfui laissant de nombreuses victimes et de multiples méfaits impunis, un autre est en déconfiture notoire; un troisième est détenu sous la prévention de

prévarications qualifiées crimes; enfin un quatrième est parti subitement pour l'Amérique en déclarant un passif de quinze millions de francs. Une ville importante, un arrondissement tout entier ont été atteints par ce désastre; une foule d'artisans qui avaient déposé dans cette étude le fruit de lentes et laborieuses économies, un grand nombre de familles appartenant à la classe moyenne qui avaient vendu par l'entremise de ce mandataire infidèle leurs propriétés foncières, afin d'augmenter un peu leur modique revenu, et qui en avaient laissé le prix entre ses mains, se sont vues tout à coup ruinées, par ce sinistre dont nul n'avait pu concevoir le moindre soupçon; l'émotion générale a été telle qu'on a pu craindre des manifestations violentes dont les agents de la force publique auraient été impuissants à contenir l'explosion; pendant plus de 20 ans le pays se ressentira de ce cruel événement; il nous a semblé que l'occasion était opportune pour examiner s'il ne conviendrait pas d'introduire dans la législation du notariat quelques modifications propres à prévenir ou atténuer de tels périls.

Tel est l'objet des observations qui vont suivre.

L'institution du notariat n'est pas seulement utile, elle est indispensable. Comme le disait avec raison le rapporteur de la loi de l'an XI, s'il faut aux particuliers des juges pour trancher leurs différends, il leur faut aussi des mandataires qui puissent constater leurs accords et donner à leurs conventions un caractère d'authenticité et une efficacité qui les égale presque aux décisions judiciaires. Rien n'est plus respectable, en effet, que la reconnaissance volontaire et mutuelle des droits appartenant aux parties intéressées, et rien n'est plus naturel que la faculté d'en demander acte. Telle est l'idée que réalise l'institution du notariat moderne : elle n'a rien de commun avec les services que rendaient autrefois à Rome les scribes, les notaires et les tabellions. Grâce à ce caractère nouveau entrevu par Charlemagne, nettement précisé par Louis IX et Philippe le Bel, le notariat a depuis des siècles acquis une importance qui semble s'accroître d'année en année. Si, par malheur, la confiance dont les tribunaux ont été longtemps et justement investis venait à s'affaiblir ou à se perdre, le notariat et l'arbitrage deviendraient

les derniers refuges du droit et de l'équité. A côté de ce juste hommage se place naturellement la recherche des garanties que réclame l'exercice d'un si haut ministère.

Être dépositaires des secrets les plus précieux des familles être appelés à leur donner des conseils dans les circonstances les plus délicates ; régler souverainement leurs intérêts, être crus sur parole jusqu'à inscription de faux dans toutes les constatations que renferment leurs actes, ce sont là des privilèges tels que si les fonctionnaires auxquels la loi les accorde venaient à en abuser, les plus profondes perturbations pourraient en être la conséquence.

Des garanties sont donc indispensables pour la sécurité du public ; on les avait cherchées d'abord dans le concours effectif et simultané de deux notaires à la réception des actes. Ce concours était aisé lorsque le Châtelet était désigné par les ordonnances comme le siège obligé de ces officiers publics ; mais quand l'institution eût été étendue à toutes les villes du royaume et jusqu'à des bourgs d'une population peu nombreuse, leur coopération effective pour l'acte le plus secondaire devint difficile ; cette difficulté, toutefois, importait peu puisqu'il était toujours loisible de remplacer l'un des deux notaires par des témoins.

Aussi la déclaration de 1706, en exonérant de tout blâme le notaire en second qui n'avait point assisté à l'acte auquel il apposait sa signature, exigeait-elle d'une manière absolue la présence des témoins instrumentaires, comme le prouve irréfragablement une lettre de la même époque du chancelier d'Aguesseau.

Il est possible qu'on se fût relâché peu à peu de cette rigueur, et qu'au moment où intervinrent les lois des 27 septembre-8 octobre 1791 et du 25 ventôse an XI, on se fût habitué à n'exiger l'assistance ni du deuxième notaire ni des témoins. Mais il n'est pas moins certain qu'elle était commandée par les termes mêmes de cette dernière loi, dont l'art. 9 porte : *les actes seront reçus par deux notaires ou par un notaire et deux témoins*, or ce mot *reçu*, qui se lit également dans l'art. 974 du C. c. relatif aux testaments, a toujours été entendu dans le sens d'une présence effective.

La jurisprudence avait néanmoins suivi sans trop d'hésitation le courant de la pratique qui se contentait d'une signature donnée après coup, soit par le second notaire, soit par les témoins. Mais des crises survinrent, des prévarications désastreuses furent commises par des notaires; des poursuites exercées contre eux devant toutes les juridictions, et en remontant seulement à 1837 on peut en compter 15 ou 20 par année; plusieurs présentaient même une gravité exceptionnelle : la Cour de cassation s'en émut, et dans un remarquable arrêt du 25 janvier 1841 elle disait : « En supposant l'existence d'un usage plus ou moins général de passer les actes notariés hors de la présence des témoins et de se contenter de leur signature donnée après coup (ce qui serait une formalité dérisoire), un pareil usage en opposition formelle avec une loi d'ordre public ne serait qu'un *abus déplorable* que les tribunaux ne pourraient consacrer. »

Cette décision était sage et juridique au plus haut degré. Il est vrai qu'intervenant après plus de trente années d'un dérogation permanente aux prescriptions légales, elle pouvait donner lieu à une multitude de procès en nullité d'actes accomplis de bonne foi; mais si une sorte d'amnistie pour le passé pouvait paraître nécessaire, c'était assurément tout ce qu'on pouvait demander. Malheureusement l'influence des notaires était dans ce moment plus grande que jamais. Ils formaient un des groupes importants de la classe moyenne qui avait fait la révolution de juillet. Ils se glorifiaient d'en être les *pères*, comme on aurait dit à Rome *les pères de la patrie*.

On profita de la circonstance pour leur *tresser des couronnes*, et sous prétexte de l'élévation du niveau intellectuel et moral de leur corporation, on fit passer en loi que non seulement aucun acte antérieur ne pourrait être critiqué à raison de ce vice de forme, mais que pour l'avenir toutes les transactions, autres que les *donations*, les *testaments*, les *contrats de mariage* et les *reconnaisances d'enfants naturels*, seraient valables nonobstant l'absence du second notaire ou des témoins dont la signature pourrait être donnée plus tard.

Quand on relit, après quarante années, la discussion qui précéda le vote de cette loi, on a peine à revenir de la surprise que causent



les arguments prodigués à l'appui d'une si mauvaise cause ; c'était au moment où l'opinion publique et les tribunaux reconnaissent l'urgence d'entourer de toutes les garanties possibles les intérêts des particuliers contre l'incapacité et l'improbité des notaires prévaricateurs, qu'on abolissait l'une des précautions imposées par un texte formel de la loi de l'an XI. Les défenseurs du projet ne craignaient pas de se contredire eux-mêmes de la manière la plus étrange ; d'un côté, ils soutenaient que la présence effective d'un second notaire ou de deux témoins n'ajoutait rien à la sécurité des parties, et de l'autre, ils s'obstinaient à maintenir la nécessité de leurs signatures tardives, comme une garantie contre l'abus qu'un notaire instrumentant seul aurait pu faire de son mandat.

Aux alarmes que faisaient naître des désastres récents, le garde des sceaux répondait avec une imperturbable sérénité : « Il y a eu des poursuites sans doute, mais elles auraient pu être plus nombreuses ; elles auraient pu aussi être plus graves par leur objet. »

« La plupart, en effet, portaient uniquement sur des *abus de confiance, des violations de dépôts, des détournements de deniers*. Y a-t-il là de quoi inspirer de si vives inquiétudes ? » M. Martin (du Nord) oubliait que ces délits si minimes à ses yeux se commettaient non vis-à-vis d'un petit nombre de particuliers, et relativement à des intérêts modiques, mais envers toute la clientèle d'une étude embrassant quelquefois tout un canton, tout un arrondissement, et prenant le caractère d'un malheur public.

Les autres arguments en faveur du projet étaient à peu près de la même force. Les témoins, disait-on, même quand ils assistent à l'acte, ne procurent aucune garantie de la sincérité des énonciations que le notaire y consigne. Ils n'écoutent ni ne comprennent, et ne sont le plus souvent que les familiers de l'officier public qui les convoque pour cette insignifiante formalité.

Mais s'il en est ainsi, répondait-on, pourquoi exiger leur signature ? Est-ce qu'elle a plus de valeur quand elle est donnée deux ou trois jours après la réception de l'acte que si elle avait été apposée au moment de la rédaction ? Pourquoi le chancelier d'Aguesseau, qui se montrait, dit-on, si accommodant relativement à la présence effective du notaire en second, recomman-

daît-il avec tant de force l'assistance réelle des témoins destinés à le suppléer ? Si les témoins habituels de l'officier public paraissent mériter peu de confiance, il n'y a qu'à autoriser les parties à les amener elles-mêmes et à faire constater dans l'acte que cette faculté leur a été rappelée.

La négligence du notaire à se faire assister par des témoins, quand la chose lui serait si facile, prouve uniquement qu'il lui convient d'agir seul, et de ne point admettre de contrôle indiscret ; mais si l'on approuve cette tendance, il faut le dire nettement et ne pas laisser introduire dans la formule des actes la mention mensongère de la présence d'un collègue ou de témoins absents qui constitue un véritable faux.

Comment ne craint-on pas que cette tolérance de contre-vérités flagrantes consignées dans des actes publics ne les fasse tourner en habitude et ne s'étende insensiblement aux constatations les plus importantes ?

Une autre subtilité des partisans du projet consistait à dire qu'on ne pourrait appeler les témoins à la réception de l'acte sans contrarier vivement les habitants des campagnes, déflants, soupçonneux par caractère et désireux à l'excès de s'entourer du secret le plus profond. Mais, répondaient les opposants, que les témoins signent après coup ou en même temps que les parties et le notaire, ils n'en devront pas moins prendre connaissance de la convention, et par conséquent le secret si recherché fera inévitablement défaut.

Enfin, objectaient les souteneurs à outrance de la loi nouvelle, comment trouver à la campagne, dont les habitants sont encore si fréquemment illettrés, des témoins capables de signer les actes en même temps que le notaire ? Il fallait être bien à court de raison pour en donner une si misérable !

A part les testaments qui se font souvent au domicile du disposant malade, et dans la prévision d'une fin prochaine, il n'arrive pas une fois sur cent qu'un notaire soit appelé hors de son étude pour rédiger un acte concernant un habitant de la campagne ; c'est chez l'officier public que l'on se rend, et par conséquent la difficulté de trouver des témoins qui assistent à l'acte et le signent immédiatement, est entièrement chimérique. Au

surplus, pour les testaments qui peuvent, en effet, être rédigés, loin de toute agglomération d'habitants, la présence effective des témoins, qu'elle soit difficile ou aisée, est exigée rigoureusement, et la nécessité de se conformer à cette prescription de la loi n'a jamais empêché de constater d'une manière régulière les dernières volontés des mourants.

Comme conclusion de ce long et laborieux débat, on aboutit à supprimer une garantie que l'ancien droit, dont on prétendait s'inspirer, avait jugée indispensable, c'est-à-dire la présence effective au moins des témoins instrumentaires.

C'est dans cette situation que les parties contractantes sont demeurées depuis la loi du 21 juin 1843. Il est juste d'ajouter qu'une ordonnance antérieure de quelques mois (4-12 janvier) avait fait quelques efforts pour introduire ou confirmer au sein de la corporation des règles de discipline bonnes en soi, et notamment celles que renferme l'article 12 qui défend aux notaires :

1<sup>o</sup> De se livrer à des spéculations de Bourse, de commerce, de banque, d'escompte ou de courtage ;

2<sup>o</sup> De s'immiscer dans l'administration des sociétés ou entreprises de finance, de commerce ou d'industrie ;

3<sup>o</sup> De spéculer sur l'achat et la revente des immeubles ; sur les cessions de créances, de droits successifs ou litigieux ;

4<sup>o</sup> De s'intéresser dans les affaires pour lesquelles leur ministère est requis ;

5<sup>o</sup> De placer en leur nom personnel des fonds reçus même à la condition d'en servir l'intérêt ;

6<sup>o</sup> De se constituer garants ou cautions, à quelque titre que ce soit, des prêts faits ou constatés par leur intermédiaire ;

7<sup>o</sup> De se servir en aucune circonstance de prête-noms même pour des actes autres que ceux dont il est question ci-dessus.

L'article 13 ajoute : Les contraventions à ces prohibitions, ainsi que toutes autres infractions à la discipline, pourront être poursuivies même sans partie plaignante, conformément à la loi du 25 ventôse et à la présente ordonnance, soit par le ministère

public devant le tribunal, soit par le syndic devant la Chambre de discipline. Cette chambre pourra prononcer suivant les cas :

- 1° Le rappel à l'ordre ;
- 2° La censure simplè par la décision même ;
- 3° La censure par le Président devant la chambre ;
- 4° La privation de voix délibérative dans l'assemblée générale ;
- 5° L'interdiction de l'entrée de la chambre pendant 3 ans au plus pour la première fois et pendant 6 ans en cas de récidive.

Art. 15. Si la suspension ou la destitution pouvait paraître applicable, la chambre s'adjointrait par la voie du sort, un nombre de collègues inférieur de deux à celui de ses membres afin d'émettre son avis sur l'une ou l'autre de ces mesures.

Art. 16. Quand l'avis est affirmatif une expédition en est adressée au parquet.

Telles sont les principales dispositions de ce règlement. Depuis 1843, le personnel du notariat a été bien des fois renouvelé. A-t-on pris toutes les précautions désirables pour s'assurer que les nouveaux venus réunissent toutes les conditions qu'on est en droit d'exiger d'eux pour la complète sécurité des parties ? Il est permis d'en douter, quand on a vu de près la manière dont s'opère le recrutement de ces fonctionnaires.

Les premières garanties devraient consister dans des preuves irrécusables de moralité et d'aptitude. La moralité n'est pas facile à constater ; on ne sait plus guère comment la définir, la morale étant devenue l'un des objets les plus controversés de la philosophie contemporaine. Il reste toutefois une notion commune de l'honorabilité qui peut servir jusqu'à certain point à écarter des candidats indignes. Le plus simple serait d'en revenir à la loi de 1791 qui exigeait deux certificats de bonnes vie et mœurs émanés l'un de la corporation, l'autre du président du tribunal civil.

Quant à la capacité, il semble qu'on devrait se montrer sévère ; la prétention de notre époque étant d'inaugurer en tout et partout le règne de la science, quelques années de pratique notariale, seule preuve de savoir imposée aujourd'hui, répondent mal à des visées si hautes. Les anciennes ordonnances subordonnaient la réception du serment à un examen par les juges devant les-

quels il devait être prêté. La loi de 1791 établissait un concours public entre les aspirants. Il ne nous reste plus rien de ces épreuves que le stage et un examen facultatif et dérisoire par la chambre de discipline. Aussi n'est-il pas d'avocat ou de juge qui n'ait reconnu dans vingt occasions combien l'ignorance des notaires multiplie les procès, et puisque par le cours naturel des choses ils sont devenus les arbitres suprêmes des plus graves intérêts, il serait éminemment convenable qu'on les obligeât à se munir d'un diplôme de licencié. Il est vrai que ce diplôme a été naguère qualifié *d'insignifiant*; mais il s'agissait de faciliter à de nouveaux venus l'accès de la magistrature, et tout le monde a fait à ce dénigrement affecté du titre universitaire l'application du mot de la fable : Ils sont trop verts. Il serait d'ailleurs facile au gouvernement, si fécond en programmes de toutes sortes, d'en édicter un vraiment sérieux pour les examens de l'école de droit et de recommander aux professeurs qu'il nomme et qu'il paie toute la rigueur qui lui paraîtrait nécessaire. L'objection n'a donc aucune portée et la production du diplôme de licencié devrait être désormais obligatoire.

Passons maintenant aux conditions matérielles de l'acquisition des offices.

L'une des plus importantes pour la gestion régulière du notariat consiste dans la modération des prix auxquels les offices sont cédés. Il existe sur ce point, à notre avis, un abus énorme et des plus dangereux. On croit devoir prendre pour base du prix de cession le produit de l'office; mais ce produit se mesure à la confiance qu'inspire personnellement l'officier en exercice, confiance qui ne peut être l'objet d'un trafic; ainsi on a coutume de regarder un prix de cession comme suffisamment modéré lorsque le cédant qui perçoit 20 ou 25.000 fr. d'honoraires par année ne demande au cessionnaire que 100 ou 120.000 fr. Mais ce calcul suppose que l'office est une marchandise comme une autre, et qu'il est permis d'en retirer un prix représentant à peu près le capital dont le titulaire touche le revenu. C'est là, répétons-le, une dangereuse erreur. L'office est une délégation de l'autorité publique qui pourrait très légitimement être retirée par l'Etat à la seule condition de dédom-

mager le titulaire de ce qu'il lui en a coûté pour en être nanti. On pourrait donc aussi très légitimement mettre un terme à ces augmentations effrayantes des prix stipulés dans les traités de cette nature.

Les circonstances heureuses ou même l'habileté professionnelle de l'officier public qui rendent une étude plus fructueuse, profitent justement au titulaire tant qu'il est en fonctions, mais ne lui donnent aucun droit pour le temps où sa gestion aura cessé. Le principe devrait être qu'on le dédommageât de ce qu'il aurait payé lui-même à son prédécesseur, mais sans y rien ajouter.

Si cette règle avait été suivie dès le commencement, on ne serait point arrivé à des prix tels qu'ils menacent les nouveaux venus d'une ruine inévitable, pour peu que leurs prévisions optimistes manquent de se réaliser.

Il ne suffirait pas que le prix fût équitablement réglé, il faudrait encore que le cessionnaire fût manifestement en état de se libérer.

Sa solvabilité devrait être établie d'une manière irrécusable, soit par la possession d'immeubles libres d'hypothèques, soit par des titres nominatifs de valeurs mobilières, soit de toute autre façon qui ne laisserait aucune place au doute.

Le mieux serait assurément que le prix fût payé à l'instant même au moyen de ressources personnelles, excluant tout soupçon d'emprunt. Mais au moins faudrait-il qu'il fût acquitté pour la meilleure part aussitôt après la prestation de serment.

Examinons maintenant les garanties que le ministre de 1843 entendait procurer aux contractants par l'art. 12 de l'ordonnance du 12 janvier 1843.

Tâchons d'abord de nous rendre compte des causes les plus fréquentes de la ruine des notaires. Nous pourrions ensuite apprécier sainement si les prohibitions de l'ordonnance y pourvoient d'une manière satisfaisante.

Le garde des sceaux espérait le résultat le plus avantageux d'une réduction dans le nombre des offices; elle permettrait, disait-il, à chaque notaire, d'espérer une clientèle assez nombreuse pour lui assurer les moyens de vivre honnêtement.

Il y avait certainement quelque chose de vrai dans cette

pensée. On ne saurait méconnaître que le trop grand nombre d'officiers publics, à quelque ordre qu'ils appartiennent, peut être fâcheux au point de vue de l'insuffisance de la clientèle. Il ne faudrait pas cependant étendre les suppressions outre mesure, car la première chose à considérer, c'est la possibilité pour le public d'avoir, pour ainsi dire, sous la main les rédacteurs forcés des conventions qu'il a besoin de faire constater; mais on s'abuserait étrangement si l'on croyait que les suppressions les plus opportunes prévendraient beaucoup de ces catastrophes qui portent de si profondes atteintes à la sécurité publique. Les petits notaires vivant pauvrement peuvent ne pas être entourés d'une grande considération; mais ce ne sont pas eux qui prennent la fuite emportant la caisse où s'est engloutie la fortune de nombreux clients.

C'est l'accumulation de fonds appartenant aux particuliers qui donne lieu à ces effroyables effondrements. C'est là surtout qu'il serait urgent d'appliquer un remède.

Il faudrait autant que possible qu'un notaire ne touchât de fonds que ceux qui devraient lui rester à titres d'honoraires, car c'est précisément par la manutention des deniers dont il n'a que le dépôt, qu'il peut se laisser entraîner aux spéculations prohibées par l'ordonnance.

Il est notamment un emploi anormal des sommes reçues qui se renouvelle à chaque instant à défaut d'une prohibition salutaire.

Les lois sur l'enregistrement rendent les notaires responsables des droits dûs au Trésor pour les actes qu'ils retiennent.

Ils ne sont pas sans doute obligés d'en faire l'avance, mais le désir très naturel de multiplier leurs actes, les porte à user de tous les moyens en leur pouvoir, pour venir en aide aux particuliers qui, voulant faire rédiger leurs accords, n'ont pas de quoi payer immédiatement les droits de mutation. Les notaires ont en main des fonds dont ils sont chargés de procurer le placement; ils ont aussi des prix de ventes déjà quittancés, mais qui ne doivent être remis aux vendeurs qu'après la purge des hypothèques, ils s'en servent pour faire à d'autres clients l'avance des droits du fisc, se croyant certains de recevoir de nouveaux dépôts

avant que ceux dont ils vont se dessaisir leur soient redemandés. Une fois entrés dans cette voie des *virements* irréguliers, on comprend quel abus ils peuvent en faire et comment des circonstances imprévues multipliant les réclamations peuvent avoir pour résultat une déconfiture ou une faillite désastreuse. On comprend aussi que pour conjurer ou retarder ce fatal dénouement, un notaire se laisse entraîner aux agissements les plus coupables. Il faudrait donc en premier lieu ou que l'Etat renonçât à la responsabilité des notaires pour les droits d'enregistrement ou qu'il fût interdit à ceux-ci d'en faire l'avance, et que toute obligation qui aurait pour but de dissimuler un agissement de cette nature, fût déclarée nulle et de nul effet comme contraire à l'ordre public, à l'instar des contre-lettres destinées à dissimuler le prix des offices.

Une autre innovation non moins efficace serait celle-ci : L'article 12 de l'ordonnance défend aux notaires de prêter en leur propre nom les fonds qu'ils sont chargés de placer, *alors même qu'ils se seraient obligés à en servir l'intérêt*; cet article suppose donc qu'il est permis à un notaire de s'engager à servir l'intérêt de fonds déposés entre ses mains même avant d'en avoir fait la collocation ! Mais c'est là un des abus les plus graves qui puissent être signalés. Un notaire servirait l'intérêt de fonds qu'il n'aurait pas placés ! mais alors à quoi les emploierait-il ? à faire l'avance des droits du Trésor pour d'autres clients. Ce serait une diminution injuste du prix de son travail ; ce serait un danger pour le cas où ce dépôt lui serait inopinément réclamé.

Il est en outre manifeste qu'ayant en main des fonds dont il sert l'intérêt, il doit être singulièrement tenté d'en faire un emploi lucratif, et que les jeux de Bourse peuvent aisément s'offrir à sa pensée.

Afin de prévenir cette accumulation d'argent entre les mains des notaires, ce service onéreux des intérêts, la responsabilité du capital qui en est la conséquence et les tentations d'emplois irréguliers, il n'y a qu'un moyen efficace ; c'est de leur interdire d'une manière absolue, sous peine d'amende et même d'emprisonnement en cas de récidive, de recevoir des dépôts de fonds et surtout d'en servir l'intérêt. Que les capitalistes gardent leur



argent dans leur caisse jusqu'au moment où ils seront avertis qu'on a trouvé à les placer, c'est ce qu'exigent les notaires prudents et ce qu'il conviendrait d'imposer à tous.

Une troisième cause de l'existence dans les études de notaires de fonds appartenant à leurs clients, c'est l'attente des formalités de la purge pour que le prix puisse être remis aux vendeurs. C'est un des périls les plus graves auxquels les parties puissent être exposées. Presque toujours lorsque les ventes sont faites au comptant, et que la numération du prix au vendeur est uniquement subordonnée à l'accomplissement des formalités de la purge, les actes portent quittance et le vendeur se trouve dans cette étrange position de ne pouvoir rien demander à l'acquéreur puisque la vente est quittancée, ni rien exiger du notaire parce que l'acte ne constate pas que le prix est resté entre ses mains. Cette situation que nous avons vu se produire tout récemment ne laisse au malheureux propriétaire qui s'est dépouillé de son bien, qu'une action en paiement contre l'acquéreur et l'inscription de faux contre la quittance portée dans l'acte de vente ; avec toutes les chances d'insuccès produites par l'absence d'un notaire en second ou des témoins instrumentaires.

On remédierait utilement à cet abus en défendant aux notaires de rester détenteurs du prix. L'acheteur le retiendrait jusqu'à la purge, sauf à supporter ultérieurement le coût d'une quittance séparée. Ce surcroît de frais serait compensé surabondamment par la sécurité qui en résulterait pour tous les intéressés.

Afin d'assurer l'exécution de ces dispositions, on obligerait les notaires à tenir un registre spécial de toutes les sommes passées entre leurs mains soit pour droit d'enregistrement, soit pour prix de vente, soit pour placements à effectuer, et la communication de ce registre devrait être faite au ministère public à toute réquisition. L'omission ou la dissimulation des versements ainsi reçus seraient considérées comme des falsifications d'écritures publiques et punissables comme telles.

La prohibition des opérations de Bourse est insuffisante dans les termes où elle est formulée. Pour en augmenter l'efficacité, il faudrait interdire au notaire la faculté d'acheter ou de vendre même pour des clients, des valeurs cotées à la Bourse ou de se

rendre, à quelque titre que ce fût, intermédiaire pour des négociations de ce genre. Cette immixtion dans les opérations de Bourse est tellement dangereuse que l'infraction à la disposition qui la défend devrait non-seulement entraîner des peines disciplinaires, mais être qualifiée délit et punie de peines correctionnelles.

Le même article 12 défend encore aux notaires de se porter garants ou cautions des placements de capitaux effectués par leur entremise. L'idée a pu paraître bonne, mais elle est devenue entièrement chimérique par la manière dont elle est exprimée. On pourrait affirmer, croyons-nous, que jamais ou presque jamais, il n'est arrivé qu'un notaire s'avisât de se porter *expressément caution des placements de fonds dont il était chargé*.

Mais ce qu'il ne promet pas directement, il s'y oblige d'une manière indirecte en se faisant le mandataire des parties pour autre chose que l'accomplissement strict de ses devoirs professionnels. C'est lui qui cherche l'emprunteur, qui le présente comme solvable en ne se donnant même pas très souvent la peine d'exposer au prêteur la situation qu'il a constatée; c'est lui qui stipule des privilèges ou des hypothèques et qui par suite garantit qu'ils viendront en rang utile; c'est lui qui assume la charge de faire inscrire l'affectation ou la subrogation hypothécaire ou privilégiée, de vérifier l'état civil de l'emprunteur, les hypothèques légales dont il peut être grevé, la valeur des biens donnés en gage, enfin l'aisance ou la gêne du débiteur qui doit faire espérer ou craindre pour le service exact des intérêts. De tous ces agissements, il résulte que le notaire qui s'est soigneusement abstenu de se rendre directement caution du prêt l'est devenu réellement et de la manière la plus grave par le mandat qu'il a tacitement accepté. On peut dire que c'est là un des périls les plus sérieux de la profession notariale, et qu'il y a urgence à y porter remède; que faudrait-il pour cela? Défendre absolument à ces officiers publics d'accepter aucun mandat de cette nature. Si un capitaliste s'adresse à eux pour faire placer ses fonds, ils attendront qu'un emprunteur se présente; ils le mettront en rapport avec le prêteur; celui-ci prendra ses renseignements, et si les garanties offertes lui conviennent, il livrera son argent. Le

notaire n'aura ainsi à répondre que de l'accomplissement exact des formalités requises par la loi; s'il y avait dans la convention affectation privilégiée ou hypothécaire, subrogation ou transport, l'officier public devrait seulement avertir le prêteur de la nécessité d'inscrire ou de signifier son titre, et, pour plus de sûreté, consigner cet avertissement dans l'acte même, afin qu'il ne pût s'élever ultérieurement de débat sur le point de savoir si ce devoir a été rempli.

Nous ne saurions clore cet aperçu des changements à introduire dans la législation notariale sans dire un mot de la taxation des actes passés devant ces officiers publics.

Où a peine à comprendre pourquoi un tarif serait moins praticable pour eux que pour les avoués. Si les transactions qu'ils sont appelés à constater varient quant à leur importance et aux difficultés de fait ou de droit qu'elles soulèvent, la même observation se vérifie pour les actes du ministère des avoués, ce qui n'a pas empêché de les soumettre à un tarif obligatoire. Lorsque des questions délicates se présentent, les parties ne manquent pas, *spontanément* ou sur l'invitation des notaires eux-mêmes, d'amener des conseils qui aident à les résoudre, et dont les réponses servent de base à la rédaction. Le temps employé aux préliminaires que nécessitent ces consultations, peut être, il est vrai, plus ou moins prolongé, mais on pourrait le rémunérer par des vacations. Au surplus, et cette observation nous semble décisive, il n'est pas de notaire qui ne *prétende se conformer à quelque tarif*.

Il arrive seulement plus d'une fois que le plus humble tabelion du moindre village applique sans se gêner le tarif d'une grande ville et même celui de Paris. Un tarif normal tiendrait compte de l'importance des localités et remédierait à un abus qui rappelle la pensée du fabuliste : *Tout bourgeois veut bâtir comme les grands seigneurs*.

Qu'il nous soit permis de mentionner encore un écart particulier des données du bon sens et de l'équité, résultant du défaut d'un tarif obligatoire; il est tellement étrange qu'on refuse généralement d'y croire là où il ne s'est pas encore introduit. Un contrat de mariage est passé, on constitue à la future épouse

20.000 fr.; c'est évidemment la valeur sur laquelle l'honoraire de l'officier public devrait être perçu, sauf les vacations supplémentaires dans le cas où des questions débattues entre les parties auraient prolongé la rédaction. Mais la future épouse qui reçoit 20.000 fr. a quelques chances de posséder un jour le double ou le triple de cette somme à la mort de tel ou tel membre de sa famille, l'ingéniosité des notaires de certaines régions a trouvé moyen de battre monnaie avec cette éventualité; ils calculent tout simplement l'honoraire qu'ils prétendent leur être dû sur la *fortune présumée* des futurs conjoints. Un tarif régulier mettrait fin à une si scandaleuse exploitation.

Nous ne disons rien de la taxation laissée à la discrétion du président du tribunal civil. Les avoués sont soumis à un contrôle analogue, ce qui ne les dispense pas de se régler d'abord eux-mêmes d'après un tarif précis; le magistrat se borne à en contrôler l'application, au lieu de substituer son appréciation arbitraire aux convoitises abusives des officiers publics.

Telles sont les observations que nous a suggérées l'étude attentive de cet important sujet. Nous les publions d'autant plus volontiers qu'elles obtiendront, nous en sommes sûr, l'adhésion unanime des hommes honorables, éclairés et prudents que la corporation compte en si grand nombre dans son sein et qui souffrent plus qu'on ne saurait dire du contact de collègues indignes d'eux.

H. LESPINASSE.

---

## ESSAI SUR LA NATURE DE LA PÉTITION D'HÉRÉDITÉ

EN DROIT FRANÇAIS

Par M. A. PILLET, docteur en droit.

L'influence exercée par le droit romain sur la jurisprudence actuelle ne tient pas seulement à ce que celle-ci lui a emprunté de ses principes tous ceux qui n'étaient pas en contradiction directe avec nos idées et nos mœurs, elle tient encore et surtout à ce que la science moderne a pris à la science ancienne sa terminologie brève, précise et commode.

Parmi les principes juridiques admis dans une législation : les

uns sont de tous les temps et de tous les lieux, ils constituent en quelque sorte le droit naturel : d'autres, au contraire, et en plus grand nombre, ont des règles arbitraires, utiles, nécessaires même à une certaine époque, dans un certain milieu, mais qui, les circonstances de temps et de lieu venant à changer, perdent toute leur opportunité et finissent par disparaître. Par un phénomène curieux, souvent une institution juridique vieillie lègue à celle qui la remplace son nom, qui se trouve ainsi désigner à des époques successives deux choses totalement différentes. Comme on l'a très bien dit, c'est une même étiquette successivement placée sur deux flacons, encore qu'ils contiennent des liqueurs d'espèces diverses <sup>1</sup>.

Ce procédé ne présente pas d'inconvénients sérieux lorsqu'on l'applique à une institution juridique bien connue, réglementée dans ses détails par la loi, mais si le législateur en use pour qualifier quelque institution dont il ne prend pas la peine de déterminer le caractère, le même procédé devient dangereux ; car il porte naturellement l'interprète à appliquer à l'institution ainsi dénommée ses règles anciennes sans se demander si elles ne sont pas en contradiction avec les principes du droit nouveau. Cet inconvénient ne s'est fait sentir nulle part avec plus de force que dans la théorie de la pétition d'hérédité.

Le droit romain désignait sous ce nom une action donnée à l'héritier du droit civil pour faire reconnaître sa qualité contradictoirement avec les possesseurs de l'hérédité qui la contestaient à leur profit et obliger ceux-ci à restituer les biens héréditaires.

Notre ancien droit s'empara de la théorie romaine de la pétition d'hérédité, et appliqua à cette action ses anciennes règles non sans leur faire subir quelques changements destinés à la mettre plus parfaitement en harmonie avec les exigences de la pratique. Enfin la loi nouvelle est venue : ses rédacteurs n'ont fait qu'une seule allusion à la pétition d'hérédité (art. 137 C. civ.), et de cette allusion on a conclu, un peu légèrement à mon avis, qu'elle devait

<sup>1</sup> « Parmi toutes ces expressions d'origine romaine qui ont passé dans notre droit, combien n'en est-il pas qui ressemblent aujourd'hui à d'anciennes étiquettes laissées par mégarde sur des vases dont on a renouvelé le contenu. » (Gide. *Novation*, p. 2.)

être admise dans notre droit, avec sa nature ancienne. Sans doute il faut une action qui permette à l'héritier véritable de se faire restituer la succession appréhendée par un héritier apparent, mais cette action, à quelles règles obéira-t-elle ?

Le Code civil est muet sur ce point, ses rédacteurs ont prononcé le nom, ils n'ont pas défini la chose : c'est donc à la doctrine qu'il appartient de trancher cette question. Sur certains points elle est aujourd'hui encore très divisée, sur d'autres elle est unanime, notamment sur un des plus importants : l'objet de la pétition d'hérédité. Tous les jurisconsultes s'accordent à dire que le demandeur dans cette action poursuit un double objet : 1° la reconnaissance de sa qualité d'héritier contre une personne qui la conteste à son profit ; 2° la restitution des choses héréditaires détenues par le défendeur au détriment du demandeur. On la définit une action réelle par laquelle une personne qui se prétend appelée à une hérédité réclame de celui qui en a pris possession comme successeur universel, la reconnaissance de son droit héréditaire et le délaissement de tout ou partie des objets qui composent cette hérédité <sup>1</sup>.

Cette notion de la pétition d'hérédité me paraît impliquer une erreur ou plus exactement une confusion. A mes yeux l'héritier dont le titre est contesté a sans doute une action particulière, ayant sa base dans sa qualité d'héritier, mais cette action a pour objet unique la reconnaissance judiciaire du titre héréditaire du demandeur. La pétition d'hérédité est une action en réclamation de la qualité d'héritier et rien de plus. Une fois cette contestation tranchée en sa faveur, c'est à l'aide des actions que lui a transmises le défunt et non au moyen de la pétition d'hérédité que l'héritier obtient restitution des biens héréditaires qui se trouvent en la possession du défendeur condamné. Toute action en pétition d'hérédité comprend donc deux actions distinctes dont la première seule est particulière à l'héritier, une action en déclaration de droits héréditaires suivie de l'exercice d'une des actions qui appartenaient au défunt <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Aubry et Rau, Droit civil français, § 616.

<sup>2</sup> Parmi les auteurs assez peu nombreux du reste qui ont traité de la pétition d'hérédité dans le droit moderne, bien peu se sont préoccupés de

Cette explication n'a en apparence d'autre résultat que de compliquer encore des rapports juridiques déjà fort difficiles. En réalité, elle présente des avantages pratiques considérables, et permet notamment de trancher d'une manière simple et logique la plupart des nombreuses difficultés qui se sont élevées touchant la pétition d'hérédité. C'est ce que je démontrerai lorsque j'aurai, par une analyse rigoureuse, fait apparaître l'exactitude de la proposition que j'ai énoncée.

On voit assez souvent exprimé le regret que les rédacteurs de nos lois civiles abandonnant à la doctrine ce soin, aient négligé de déterminer législativement ce que l'on doit entendre par action. Je m'associe pleinement à ces regrets, car je crois que si cette définition existait, on n'aurait jamais été tenté d'attribuer à la pétition d'hérédité des effets qui lui sont étrangers. La doctrine cependant s'est acquittée de la tâche qui lui avait été léguée et, chose rare, elle est d'accord dans la définition qu'elle donne de l'action. L'action n'est plus aujourd'hui un droit sanctionnateur différent du droit déterminateur. Le droit étant une faculté garantie par la loi, l'action n'est autre chose que cette garantie exercée, c'est-à-dire le droit lui-même porté devant les tribunaux. « L'action, a-t-on très bien dit, n'est autre que le droit lui-même

distinguer, au point de vue de leurs résultats, cette action des actions héréditaires intentées au nom du défunt. Je trouve cependant sur ce point deux passages qui méritent d'être transcrits :

« Bien que le but indirect de cette action soit le recouvrement, la restitution des biens héréditaires et par conséquent une véritable revendication, le but direct n'est que la reconnaissance du titre d'héritier, et c'est dans cette idée d'un être moral distinct des biens, appelé hérédité, que nous trouvons la différence essentielle qui sépare la pétition d'hérédité de la revendication. (Baratin. Thèse de doctorat.)

« Ce n'est point au point de vue de l'obligation de restituer du défendeur qu'existe la différence fondamentale entre la pétition d'hérédité et la revendication : peu importe même que le plus souvent la revendication porte sur une chose particulière et la *petitio hereditatis* sur une masse de biens, ce n'est là qu'un accident : le défendeur à la *petitio hereditatis* peut n'être possesseur que d'un seul objet. *A ne s'attacher qu'au résultat, elle ne serait alors que l'action en revendication du de cuius, exercée par son représentant.* Il faut donc renoncer à toute distinction reposant sur l'issue de ces actions et définir la pétition d'hérédité à raison de la prétention même du demandeur l'action par laquelle une personne tend à faire reconnaître qu'un droit

qui reste, pour ainsi dire, passif tant qu'il n'est pas contesté, mais qui se met en mouvement dès qu'il est méconnu ou violé<sup>1</sup>. »

Ce principe établi, il est facile d'en tirer des conséquences propres à notre matière. S'il est vrai que l'action ne soit autre que le droit mis en exercice, il me suffira de montrer que le droit sur lequel se base l'héritier pour exiger la restitution de la succession est précisément celui qui appartenait au défunt pour que je sois fondé à en conclure que son action n'est autre que celle du défunt.

L'héritier (nous le supposons pour nous placer dans l'hypothèse de la pétition d'hérédité) voit son titre contesté par un héritier apparent. Il agit contre celui-ci en restitution. Quels moyens fera-t-il valoir? Quelle sera la base de ses prétentions? Il songera d'abord à faire reconnaître sa qualité d'héritier, et dans quel but? Dans le but de démontrer qu'ayant succédé au défunt, il a la jouissance de tous les droits<sup>2</sup> qui faisaient partie du patrimoine de ce dernier. Si, comme nous le supposons, l'héritier parvient à faire cette preuve, il est réputé par la loi même continuateur de la personne du défunt: le patrimoine héréditaire se confond

de succession est ouvert à son profit. La différence avec la *rei vindicatio* est dès lors sensible, car le demandeur dans la *rei vindicatio* invoque la qualité de propriétaire d'un objet déterminé en vertu d'un mode d'acquérir à titre singulier. De ce que la cause d'acquisition que fait valoir l'héritier est *per universitatem*, la pétition d'hérédité est appelée action universelle, par contre la *rei vindicatio* est dite action spéciale. (Cauwès. Thèse.)

De ces deux auteurs, le second me paraît être allé bien près de la vérité. Quant à la différence qu'il relève entre les deux actions, elle est purement apparente. L'héritier dans la *petitio hereditatis*, à la différence du propriétaire dans la revendication, invoque la qualité d'héritier, mais dans quel but? Pour être admis à invoquer la qualité de propriétaire que possédait le défunt. Il allègue un mode d'acquisition à titre universel, mais pourquoi? Pour pouvoir ensuite invoquer en sa faveur les modes d'acquérir à titre particulier dont le défunt eût pu lui-même se prévaloir. Entre la situation du défunt et celle de l'héritier il y a cette seule différence que ce dernier doit pour être assimilé au premier prouver préalablement son droit héréditaire. Dans un cas il y a une seule action, la revendication; dans l'autre il y en a deux liées l'une à l'autre: la pétition d'hérédité, action en déclaration de titre héréditaire, et la revendication, action en restitution.

<sup>1</sup> Garsonnet. Procédure, I, p. 460.

<sup>2</sup> J'entends par là tous les droits transmissibles par leur nature.



dans son patrimoine, il a à sa disposition toutes les actions qui appartiendraient à son auteur pour faire reconnaître ses droits méconnus ou violés, notamment celles qui tendent à assurer au propriétaire la restitution des éléments de son patrimoine dont il peut avoir été dépossédé. Et on voudrait cependant lui donner, outre cette sanction normale de ses droits, une action particulière en restitution, la pétition d'hérédité. Mais cette action elle-même sur quoi se fonderait-elle, quel serait, en d'autres termes, le droit qui, mis en exercice, s'appellerait pétition d'hérédité, si ce n'était pas le droit du défunt ? C'est le droit héréditaire, répond-on, le droit qui appartient à l'héritier en vertu de sa qualité, et l'on ajoute que c'est l'existence de ce droit héréditaire distinct du droit du défunt qui permet à l'héritier de se servir d'une action différente des actions du défunt<sup>1</sup>.

Je m'étonne de voir de bons esprits émettre une semblable affirmation, cela seul suffirait à démontrer les dangers que peut faire courir un respect aveugle pour la tradition. Qu'est-ce en effet que ce prétendu droit héréditaire ? En quoi consiste la faculté garantie par la loi à l'héritier ? L'héritier peut exercer les droits de celui dont il continue la personnalité, du défunt : son droit est en quelque sorte la faculté de se servir des droits du défunt : il y a un droit transmis, il n'y en a pas de créé. Si cette proposition ne paraissait pas évidente par elle-même, je rappellerais que dans les cas où une action est subordonnée à quelque condition attachée à la personne qui l'exerce, le législateur apprécie chez le défunt et non chez l'héritier l'existence de cette condition. C'est ainsi que, dans la prescription acquisitive de l'art. 2265, la bonne foi est appréciée dans la personne du défunt et non dans celle de l'héritier, et plus généralement que toutes les exceptions que l'on aurait pu opposer au défunt peuvent être opposées à l'héritier.

Le droit invoqué par l'héritier à l'effet de se faire restituer les biens héréditaires est donc le droit du défunt ; mis en exercice,

<sup>1</sup> Cette explication est donnée notamment par Pothier, *Propriété*, n° 379 et s. ; — Laurent, t. II, n° 511 ; — Sersia, *Pétition d'hérédité* ; — Hureau, *Droit de succession*, t. II, n° 126. Tous ces auteurs avancent que la preuve de la qualité d'héritier entraînera restitution des choses héréditaires. Cela est vrai, mais en analysant mieux on doit dire que cette preuve faite permettra d'exercer les droits du défunt.

il ne peut changer de nature, et je puis dire que la pétition d'hérédité, envisagée comme tendant à la restitution des choses héréditaires, n'est autre que l'action qui aurait appartenu au défunt, s'il avait dû se remettre en possession de ses propres biens. Qu'une erreur ait pu être commise sur ce point, qu'elle soit même consacrée par l'habitude, cela se conçoit. Le plus souvent la propriété du défunt ne sera pas contestée, et la restitution suivra immédiatement la preuve du droit héréditaire du réclamant, c'est cette circonstance de fait qui suffit pour faire dire par tous que la preuve faite du titre héréditaire invoqué par le réclamant entraînera la restitution *dont elle est la cause*. C'est dans ce rapprochement que réside la confusion. La preuve imposée au réclamant de sa qualité d'héritier que l'adverse partie prétend s'attribuer, cette preuve est la condition de la restitution, elle n'en est pas la cause. Elle en est la condition, car si cette question n'était pas préalablement vidée au profit du demandeur, à quel titre prétendrait-il à quelque droit compris dans la succession ? Mais elle n'en est pas la cause, car ce droit prétendu par l'héritier cesserait s'il était prouvé contre lui qu'il n'eût pas appartenu au défunt. Ces principes étant certains, je suis fondé à en conclure que la cause directe et première de la restitution est dans le droit du défunt, et par suite que c'est l'action même qui appartenait au défunt qui permettra de l'obtenir <sup>1</sup>.

Cela est si vrai que lorsque la qualité d'héritier n'est pas revendiquée simultanément par les deux parties en cause, à l'exclusion l'une de l'autre, l'action par laquelle l'héritier obtiendra restitution d'un effet héréditaire est, de l'aveu de tous, une action héréditaire qui l'obligera : 1<sup>o</sup> à la preuve du droit de son auteur ;

<sup>1</sup> Je trouve dans la thèse de M. Cauwès (p. 180) un passage qui démontre que, sans l'avouer ouvertement, il partage notre manière de voir. La pétition d'hérédité peut d'après lui échouer devant une exception de propriété, à charge par le défendeur de prouver que les choses qui sont considérées comme faisant partie de l'hérédité lui appartiennent, en réalité, à lui possesseur de l'hérédité. Cela n'implique-t-il pas cette idée que le droit de propriété du défunt est le vrai fondement de la restitution, et ne doit on pas pousser plus loin et dire que la réclamation de l'héritier échouera toutes les fois que l'on aura prouvé contre lui l'inexistence du droit de son auteur sur la chose réclamée ?

2° à la preuve de la transmission héréditaire dont il se prévaut. Quelle différence sépare cette hypothèse de la nôtre ? Elle est aisée à déterminer. La différence consiste en ce que les deux parties prétendent ici au même titre, ce qui donnera lieu à un premier procès sur la question d'hérédité. Mais ce premier débat tranché, et tranché nous le supposons en faveur du demandeur, il est impossible d'apercevoir la moindre différence entre sa situation et celle d'un héritier qui a établi son titre à l'encontre d'un tiers qui le contestait sans pourtant le revendiquer pour lui-même. Si dans cette dernière hypothèse on oblige le demandeur à user du droit de son auteur pour parvenir à son but, pourquoi en serait-il autrement dans la première ? Sans doute le plus souvent la propriété du défunt n'étant pas mise en question, la restitution suivra immédiatement la preuve faite par le réclamant de son titre, mais ce rapprochement fortuit n'établit pas entre ces deux faits la relation qui joint l'effet à la cause. La cause de la restitution est dans ce droit de propriété du défunt qui n'a pas été allégué, seulement parce qu'il n'était pas contesté <sup>4</sup>.

L'assimilation que j'ai précédemment établie me permet aussi de démontrer que l'on viole un autre grand principe en donnant à la pétition d'hérédité cet effet d'entraîner la restitution des choses héréditaires. Dans notre droit civil, il est reconnu qu'un même droit ne saurait donner naissance à deux actions différentes. Tels est cependant le résultat auquel on arrive dans le système que je combats. Les droits du défunt donneraient naissance, suivant les circonstances, tantôt aux actions héréditaires, tantôt à la pétition d'hérédité.

Supposons en effet qu'un héritier agisse en restitution d'un effet héréditaire contre un possesseur à titre singulier, lequel possesseur par conséquent n'élève aucune prétention à la qualité

<sup>4</sup> « Enfin pour ce qui concerne le point de savoir si la chose détenue par le défendeur où le droit exercé par lui est héréditaire, c'est là une question de propriété. Car dire que la chose est héréditaire, c'est dire qu'elle appartient à la succession, et dès lors que le défunt en était lui-même propriétaire. *La preuve à faire ici est donc absolument la même que celle qui incombe au demandeur en revendication.* » (Seresia, p. 176). Puisque la preuve est la même et les conséquences des actions identiques, comment les actions elles-mêmes ne se confondent-elles pas ?

d'héritier ; il n'y aura pas lieu à la pétition d'hérédité, c'est au moyen des actions héréditaires que la restitution sera obtenue. Si au contraire il y a une contestation sur l'hérédité et si elle est tranchée au profit du demandeur, c'est par la pétition d'hérédité que sera demandée la restitution. Voilà bien un droit qui donnerait lieu à deux actions distinctes, proposition évidemment contraire à ce que nous avons dit de l'identité du droit et de l'action.

L'exposé de principes que nous venons de faire nous permet de signaler ici la grande différence qui sépare à notre point de vue la législation romaine de la nôtre, et par là de réfuter la plus grave des objections que l'on peut élever contre notre manière de voir, celle qui est tirée de la tradition historique. Chez les Romains le droit ne se confondait pas comme chez nous avec l'action. Le droit à lui seul permettait à celui qui en était investi de jouir légitimement des avantages qui en étaient les conséquences. Il conférait le pouvoir de repousser toute prétention contraire à son exercice, mais il n'impliquait pas nécessairement et de plein droit la faculté de s'adresser à la justice pour se le faire restituer lorsqu'on s'en laissait déposséder. Cette faculté d'action était comme un droit sanctionnateur spécial que l'on devait avoir pour être pleinement garanti, faculté qui était ordinairement jointe au droit, mais qui n'en était pas la compagne inséparable. Dès lors, de même que l'on rencontrait certains droits dépourvus d'action, de même certains autres étaient simultanément garantis par plusieurs actions, et il n'est pas étonnant que le droit de propriété qui dans la personne du défunt était sanctionné par l'action en revendication fût, dans la personne de son héritier et dans les circonstances spéciales à notre hypothèse, garanti par une action spéciale la pétition d'hérédité <sup>1</sup>.

De plus la pétition d'hérédité avait alors un caractère particulier, c'était la seule revendication possible à l'égard des uni-

<sup>1</sup> On connaît trop le caractère de la loi *Cincia de donationibus* pour qu'il soit nécessaire d'insister sur les droits dépourvus d'action. Quant à la pluralité d'actions pour un même droit, on peut en fournir un exemple dans les actions *commodati in jus et in factum* qui sanctionnaient un même droit ou encore les actions *familiæ cretiscundæ* et *communis dividundo* données aux cohéritiers pour sortir de l'indivision.

versalités juridiques et, elle supprimée, l'héritier aurait été obligé d'intenter autant de revendications particulières que le défendeur avait entre ses mains d'effets dépendant de l'hérédité<sup>1</sup>. Cette utilité spéciale qui était autrefois attachée à la pétition d'hérédité, existerait-elle encore aujourd'hui et trouverait-on en elle un motif de donner à l'héritier pour la revendication de l'hérédité une action distincte de celles qui lui appartiennent en tant que représentant du défunt ? Je ne le crois pas. Sans doute, de nos jours encore, la pétition d'hérédité apparaît comme une action générale embrassant à la fois des actions réelles et des actions personnelles ; reste à savoir si ce caractère lui est particulier et légitime son maintien comme revendication générale mise au service de l'héritier. Il semble que les questions dépendant de la pétition d'hérédité ont entre elles un lien assez étroit pour pouvoir être réputées connexes et portées comme telles en une seule action devant un seul tribunal. Je m'expliquerai plus tard sur la nature de cette action générale en restitution. Pour le moment, je veux seulement montrer qu'elle peut être exercée par une personne vivante par rapport à son patrimoine et qu'on peut dire de cette action qu'elle a été transmise par le défunt à son héritier. Un soldat disparaît pendant une bataille et tout le monde le croit mort. Il n'y a pas lieu aux formalités prescrites dans le titre de l'Absence. Son héritier se met en possession de son patrimoine sans rencontrer aucune opposition. Plus tard cet individu reparaît. Il ne pourra certainement pas intenter la pétition d'hérédité, car on ne peut être son propre héritier : faudrait-il donc qu'il exerce séparément toutes les actions comprises dans son patrimoine ? Personne n'oserait le soutenir. On lui donnera contre l'usurpateur une action en recouvrement, sorte de revendication générale qui devra aboutir après une seule instance à une restitution complète. Pourquoi l'héritier n'aurait-il pas une action semblable, et quel besoin a-t-il d'une action particulière alors que le droit commun lui permet d'atteindre les mêmes résultats<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Pothier. *Domaine de propriété*, n° 378.

<sup>1</sup> Le cas s'est présenté pendant la guerre de 1870. Par suite d'un changement de sacs on a trouvé sur un mort le livret d'un soldat vivant qui a

Si la doctrine au lieu de s'attacher, pour qualifier l'action, aux circonstances dans lesquelles elle est intentée, avait recherché quel droit lui sert de base, la pétition d'hérédité romaine n'aurait jamais apparu chez nous, et on aurait ainsi évité les controverses les plus vives et les hésitations les plus longues.

Concluons donc qu'ici encore une différence dans le fait a été prise pour une différence de droit. De ce que l'on voit très souvent un héritier exercer une revendication générale de tout un patrimoine, tandis qu'il est presque impossible de faire une hypothèse dans laquelle son auteur exercerait une semblable action, on a conclu que le *droit* de l'exercer appartient à l'héritier seul. C'est là une erreur, et cette revendication générale est elle aussi une action transmise. Tout ce qu'on est en droit de dire, c'est que cette action passera généralement à l'héritier sans avoir été exercée par le défunt.

Cette démonstration serait incomplète si nous nous abstenions de résoudre les objections qui peuvent être faites à notre système. La pétition d'hérédité semble bien prendre une nature propre et le droit de l'héritier se séparer du droit qui appartenait à son auteur lorsqu'on réfléchit que l'action en pétition d'hérédité peut aboutir à la restitution de choses qui n'ont jamais fait partie du patrimoine du défunt. Il en est ainsi notamment à l'égard des fruits produits par les biens héréditaires depuis l'ouverture de la succession et encore à l'égard de l'immeuble dont l'héritier apparent a achevé l'usucapion commencée par le défunt. Ne peut-on pas argumenter de ces applications particulières de notre action pour lui reconnaître une nature propre ? Cependant il est incontestable que c'est parce qu'il continue la personne du défunt que l'héritier a droit à ces restitutions. Le défunt lui-même les obtiendrait s'il vivait encore, l'héritier les demande parce qu'il est aux droits de son auteur. On chercherait en vain une autre cause à son droit propre, et l'objection me semble résoudre

été considéré comme mort. Ce soldat n'ayant pas pendant un assez long temps donné de ses nouvelles, sa femme s'est remariée. Je ne crois pas qu'il soit intervenu à son propos de décision de jurisprudence et le fait est regrettable, car le tribunal lui aurait donné une action en restitution semblable à ce qu'on appelle la pétition d'hérédité.

en remarquant que l'héritier succède non seulement aux droits actuels, mais encore aux droits éventuels du défunt.

Quant à la chose prescrite, il suffit d'observer que l'acquisition de la propriété par la prescription se produit avec un effet rétroactif au commencement de la possession pour en conclure que juridiquement le défunt est censé avoir acquis lui-même cette propriété, laquelle dès lors ne présente rien de personnel à son héritier.

On peut objecter encore que la pétition d'hérédité est plus générale qu'une revendication en ce sens qu'elle aboutit à la restitution de choses dont le défunt n'avait pas la propriété, mais seulement la nue détention. Il en est ainsi par exemple à l'égard des choses qui avaient été prêtées au défunt ou déposées entre ses mains. Elles doivent être rendues à l'héritier après qu'il a triomphé dans l'instance en pétition d'hérédité. Cette observation contient une grande part de vérité et m'oblige à faire observer que c'est uniquement par approximation, et faute d'une expression plus exacte, qu'il m'est arrivé de qualifier de revendication générale l'action exercée par l'héritier. Dans son application aux choses dont s'agit, cette action ne mérite certainement pas le nom de revendication. Mais cette remarque ne contrarie en aucune façon notre système. Quelque nom que l'on donne à une pareille action, elle n'en est pas moins comme les autres une action transmise par le défunt à son héritier. C'est l'action en réclamation que le défunt eût exercée lui-même s'il était venu à perdre la détention des choses à lui prêtées ou déposées chez lui. C'est là une nouvelle application de cette idée incontestable que l'héritier ne peut avoir sur les biens de la succession aucun droit qui n'ait son origine dans sa qualité de continuateur de la personne de son auteur.

Enfin une dernière considération doit être apportée dans ce débat : nous la tirerons de l'histoire même de la pétition d'hérédité. En doctrine comme en jurisprudence, la théorie de la pétition d'hérédité est encore à faire. Et pour préciser davantage, on peut observer que tandis que tout le monde est d'accord lorsqu'il s'agit de considérer dans la pétition d'hérédité, un moyen donné à l'héritier de faire reconnaître sa qualité et constater son titre,

lors au contraire qu'on arrive à la détermination de ses effets derniers, c'est-à-dire aux restitutions que dans la doctrine commune elle entraîne, chaque auteur à son opinion personnelle <sup>1</sup>. Les uns prennent comme point de départ la disposition de l'art. 132 et raisonnent par analogie, mais on leur fait observer que l'analogie sur laquelle ils se fondent n'existe pas : qu'il y a d'une part une action donnée à l'absent en recouvrement de ses biens personnels, d'autre part une action qui lui appartient comme héritier et par rapport aux biens d'une succession qui lui est échue. D'autres appliquent les traditions historiques et leur opinion ne tend à rien de moins qu'à ressusciter parmi nous le S. C. Juventien; d'autres enfin, en plus grand nombre, appliquent avec raison le droit commun en ce qui concerne la restitution des capitaux ou des fruits qui peuvent être dûs par l'héritier apparent à l'héritier véritable. On leur reproche de confondre la pétition d'hérédité avec la revendication. Ce reproche me paraît fondé, et je vais essayer de montrer par la comparaison rapide de l'une et de l'autre action, que la doctrine a constamment tendu à leur appliquer les mêmes règles, reconnaissant implicitement par là qu'il n'existe entre elles aucune différence fondamentale qui oblige à faire produire à chacune des effets différents.

Considérons ces deux actions dans leurs conséquences à l'égard du défendeur de bonne foi : c'est à ce point de vue qu'elles ont présenté la plus grande différence et qu'on peut saisir le mieux le mouvement qui a tendu à les rapprocher.

Dans le droit romain primitif la pétition d'hérédité et la revendication obéissaient à des règles toutes différentes <sup>2</sup>. Les restitutions dues par le défendeur à la revendication ressortaient toutes de ce principe que le possesseur de bonne foi est tenu en raison de sa possession et par suite dans les limites de sa possession.

Quant à la pétition d'hérédité elle était gouvernée par les

<sup>1</sup> Sérésia, p. 56.

<sup>2</sup> Je ne m'occupe que des différences existant dans les résultats des deux actions. D'autres procédaient de cette idée que la pétition d'hérédité implique un débat entre deux personnes qui se prétendent héritières à l'exclusion l'une de l'autre, qui ont subsisté, car elles sont la conséquence nécessaire de l'hypothèse où nous nous sommes placés.



règles les plus équitables du sénatus-consulte Juventien. La différence était donc grande entre elles ; cependant il est à remarquer que les règles posées par le sénatus-consulte Juventien réagirent dans une certaine mesure sur la théorie de la revendication. C'est à ce sénatus-consulte qu'est due la règle : *dolus pro possessione est*, qui fut appliquée sans difficulté à toutes les actions réelles. Quant à ses dispositions touchant l'étendue des restitutions dues par le possesseur de bonne foi, elles ne purent, faute d'un texte qui autorisât cette extension, être appliquées à la revendication ; cependant, comme le sénatus-consulte réalisait au point de vue de l'équité un grand progrès sur le droit commun, la jurisprudence arriva à rendre le défendeur de bonne foi à la revendication comptable, au moyen d'une *conditio sine causa* ou d'une action *in factum*, suivant le cas, du profit qu'il pouvait avoir retiré des biens héréditaires par lui possédés. Enfin on reconnaît assez généralement que les principes par Justinien dans ses Institutes sur l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi (§ 35, Inst. *De div. rer.* II, 1), sont dûs à l'influence du sénatus-consulte d'Adrien, mais que par suite d'une erreur, cet empereur a confondu les fruits existants en nature au moment de la demande avec ceux dont le défendeur doit être présumé s'être enrichi.

Cette législation a donc tendu à appliquer à la revendication les règles plus équitables de la pétition d'hérédité <sup>1</sup>, et cette tendance était si forte que l'Ecole proculienne alla jusqu'à appliquer à la revendication la règle d'après laquelle le défendeur à la pétition d'hérédité était responsable des cas fortuits. Cette généralisation d'un principe souvent peu équitable ne pouvait aller sans protestations, aussi paraît-on l'avoir limitée au cas où la mauvaise foi du possesseur justifie cette rigueur (L. 40, *De her. pet.*).

Notre ancienne pratique poursuivit ce rapprochement en appliquant à la pétition d'hérédité cette règle empruntée à la revendication que le possesseur de bonne foi doit toujours restituer le prix qu'il a retiré de la chose possédée, parce qu'il est présumé s'être enrichi de la totalité de ce prix <sup>2</sup>. Par contre, au point de

<sup>1</sup> Bufnoir, *Sénatus-consulte Juventien*, Thèse de doctorat. — Accarias, *Dr. r.* t. I, p. 598, 3<sup>e</sup> édit.

<sup>2</sup> Pothier. *Domaine de propriété*, n<sup>o</sup> 429.

vue de la restitution des fruits, une nouvelle différence avait été admise entre les deux actions : le possesseur de bonne foi dans la revendication n'en restituait aucun, dans la pétition d'hérédité il *resta* obligé à *restituer* ce dont il s'était enrichi, mais ici encore les meilleurs esprits tendaient à assimiler les deux actions. Enfin la faculté laissée au défendeur de faire entrer en compte les impenses par lui faites, fut toujours accordée plus largement dans la pétition d'hérédité que dans la revendication.

Ces dernières différences ont aujourd'hui disparu. Bien qu'on discute la question de savoir si les dispositions du Juventien subsistent encore dans notre législation, la plus grande partie des auteurs, avouant tacitement par là même une analogie qu'ils repoussent en apparence, soumettent aux mêmes lois les restitutions imposées au défendeur dans l'une et l'autre action.

Cette marche incessante vers une assimilation qu'une analyse plus complète aurait pu établir dès l'origine me semble une nouvelle preuve venant à l'appui de la thèse que je soutiens. S'il existait entre la pétition d'hérédité et les actions du défunt une différence de fond, cette différence devrait nécessairement se traduire par une distinction dans les conséquences de l'une et de l'autre action. Si, comme on l'a trop souvent répété, il y avait un droit héréditaire particulier au successeur et qui lui permit d'obtenir la restitution du patrimoine de son auteur, ce droit aurait ses effets propres, ses règles de restitution particulières ; le législateur lui-même les eût sans doute posées, et en supposant même son silence, les meilleurs esprits n'auraient pas été invinciblement portés à étendre à la pétition d'hérédité des principes posés pour une hypothèse différente.

A l'aide des considérations que je viens d'exposer, je crois avoir établi que l'on ne peut, à peine de choquer les premiers principes, attribuer à la pétition d'hérédité son caractère traditionnel d'action en restitution de la succession. S'il est vrai, comme j'en suis convaincu, que l'héritier n'obtienne jamais cette restitution qu'au moyen des actions qui appartenaient à son auteur, qu'est-ce donc que la pétition d'hérédité et quels sont ses caractères ?

A mes yeux l'action particulière à l'héritier, la sanction de son droit propre, la pétition d'hérédité n'est autre qu'une action en

déclaration de qualité, une action au moyen de laquelle le demandeur, en démontrant l'existence du titre légal ou testamentaire dont il se prévaut, obtiendra des tribunaux d'être déclaré héritier et partant continuateur de la personne du défunt <sup>1</sup>.

J'ajoute immédiatement que cette action intentée seule ne serait pas recevable faute par le demandeur de pouvoir justifier de l'intérêt de sa prétention. Elle nous apparaît donc toujours liée à une autre action pourvue d'un intérêt pécuniaire, et comme les seules actions dont l'admissibilité soit subordonnée à la preuve de la qualité d'héritier sont celles qui ont pour objet un droit de la succession, elle sera toujours préjudicielle à une action héréditaire <sup>2</sup>. C'est là son caractère fondamental.

Ces principes étant posés, il est aisé de démêler la véritable nature de ce que l'on appelle ordinairement pétition d'hérédité. La pétition d'hérédité est une action complexe où l'on doit distinguer deux éléments, l'un fixe, l'autre variable.

L'élément nécessaire, c'est l'action en déclaration de droit héréditaire, préliminaire indispensable de toute poursuite exercée contre une personne qui conteste chez le réclamant un droit de succession qu'elle prétend s'attribuer à elle-même, au détriment de celui-ci.

L'élément variable, c'est l'action héréditaire, but dernier des poursuites du réclamant, action qui donne à la précédente l'intérêt pécuniaire qui lui fait défaut sans elle. Cette action peut être

<sup>1</sup> Si l'on adopte cette manière de voir, on remarquera tout d'abord la grande ressemblance qui existe entre l'action en pétition d'hérédité et les actions relatives à l'état des personnes. Dans celles-ci comme dans celle-là la poursuite a pour but la déclaration d'une qualité que le demandeur prétend s'attribuer. J'ajoute que bien souvent la question d'hérédité se confondra en fait avec une question d'état. Cependant il faut éviter d'insister trop sur ce rapprochement. La pétition d'hérédité a un caractère propre, c'est une action réciproque dans laquelle demandeur et défendeur s'attribuent la même qualité à l'exclusion l'un de l'autre. On ne rencontre rien de semblable dans les actions d'état.

<sup>2</sup> Il n'est pas sans intérêt de remarquer que MM. Aubry et Rau reconnaissent à la pétition d'hérédité son caractère de contestation préjudicielle lorsqu'elle sert de préliminaire à une action en partage (§ 616, note 5 ; p. 429, 4<sup>e</sup> édit.). Ils adoptent ainsi dans ce cas particulier l'opinion que nous croyons juste dans tous les cas.

l'exercice de l'un quelconque des droits compris dans la succession. S'il s'agit de réclamer un bien que le défendeur possède comme héritier apparent, c'est une revendication qui nous apparaît accompagnée d'une action en déclaration de qualité d'héritier; s'agit-il de poursuivre un débiteur du défunt qui refuse de payer en alléguant la confusion qu'il dit s'être produite sur sa tête, c'est une action personnelle qui est la fin de la pétition d'hérédité, et mon explication montre que ces apparences ne l'empêchent pas d'être une et de consister toujours dans une même chose, une action en déclaration de qualité.

Mais ce n'est pas seulement sous l'une ou l'autre de ces formes que nous apparaît la pétition d'hérédité : bien plus souvent elle se présente comme une sorte de revendication générale de tout un patrimoine subordonnée à l'issue de la contestation préalable sur l'hérédité. Quelle est dans ce cas l'action à laquelle la pétition d'hérédité sert de préliminaire ? C'est, à n'en pas douter, une action comprise dans la succession, car l'héritier ne peut avoir que celles-là, mais quelle est sa nature ? Ici la question se complique. Dans les exemples précédents nous avons raisonné sur la pétition d'hérédité jointe à des actions que le défunt aurait pu intenter, des actions en quelque sorte usuelles : ici la poursuite est de telle nature qu'elle se conçoit difficilement exercée par un individu par rapport à son patrimoine. On ne perd pas son patrimoine comme on perd un bien particulier, et par suite on n'a jamais en fait à intenter une revendication de ce genre. C'est précisément cette circonstance de fait qui a déterminé à rattacher à un droit héréditaire distinct du droit du défunt la faculté d'intenter une action générale. Je crois avoir fait justice de cette confusion et démontré que l'héritier ne saurait avoir d'autres actions que le défunt. Reste à préciser la nature de cette action. Elle présente évidemment de grandes analogies avec l'action donnée à l'absent de retour pour recouvrer son patrimoine. C'est aussi une action en recouvrement, mais on ne peut songer à lui appliquer les règles édictées par les rédacteurs du Code civil au sujet de l'absence, parce que la situation des envoyés en possession provisoire qui tiennent de la loi même leurs pouvoirs et connaissent nécessairement les causes de résolution auxquelles

leur titre est sujet diffère complètement de celle de l'héritier apparent. Faute d'un texte qui prévienne et règle cette hypothèse, il faut considérer que le droit d'une personne sur son patrimoine n'est pas simple, mais complexe, qu'il constitue comme un faisceau de droits de propriété, de créances, etc., étroitement unis les uns aux autres. On sera, par suite de l'identité du droit et de l'action, amené à considérer l'action qui serait donnée à une personne pour réclamer d'une autre la totalité de son patrimoine (et c'est l'action que l'héritier exerce dans notre hypothèse) non comme une action unique, mais comme un faisceau d'actions diverses correspondant aux droits divers dont ledit patrimoine se compose. Est-ce à dire que l'héritier devra exercer l'une après l'autre toutes ces actions parties d'un même tout ? Certainement non. Ces actions présentent entre elles la connexité la plus étroite ; elles pourront, elles devront même être comprises toutes dans une même demande.

Cette étude serait dépourvue d'objet si le nouveau point de vue sous lequel nous avons considéré la pétition d'hérédité ne nous fournissait pas de nouvelles solutions dans quelques-unes des questions relatives à cette matière. Cet intérêt je puis maintenant le dégager et montrer que l'explication proposée par moi de la nature de la pétition d'hérédité permet de trancher plus facilement et plus sûrement bon nombre des difficultés de la matière.

1<sup>o</sup> Tout d'abord la question de l'application du sénatus-consulte Juventien aux restitutions des fruits ou des capitaux ne se conçoit qu'autant que l'on voit dans la pétition d'hérédité une action particulière en restitution. Ce point de vue abandonné, on applique de toute nécessité le droit commun, et le système qui a triomphé aujourd'hui se trouve par là mis hors de contestation <sup>1</sup>.

2<sup>o</sup> Un intérêt plus considérable se rattache à la question de compétence. Cette question a toujours fait doute en matière de

<sup>1</sup> Dans le même ordre d'idées notre théorie présente cet autre avantage de supprimer la controverse qui existe dans notre droit touchant l'admission de la pétition d'hérédité contre le *possessor pro possessore*. La possession d'hérédité n'étant autre chose qu'une contestation sur la qualité d'héritier de deux personnes, ne se conçoit qu'autant que chacune d'elles se prétend héritière à l'exclusion de l'autre.

pétition d'hérédité <sup>1</sup>. Ce doute, nous le levons facilement. Il suffit pour cela de se rappeler que la pétition d'hérédité est une contestation préjudicielle qui se présente toujours accessoirement à une action héréditaire dont l'exercice est l'objet principal des prétentions du demandeur. On en conclura que la contestation devra être portée devant le tribunal compétent à l'égard de l'action héréditaire à laquelle est jointe la controverse sur la succession. Si donc cette action est une revendication, elle devra être portée devant le tribunal de la situation ; si c'est une action personnelle, le juge du domicile du défendeur sera compétent ; si enfin c'est une action générale en recouvrement comprenant et des actions réelles et des actions personnelles, sans que l'un de ces éléments prédomine sur l'autre, elle pourra être portée devant l'un ou l'autre tribunal au choix du demandeur. Ajoutons que dans l'hypothèse assez fréquente où la pétition d'hérédité est accessoire à une demande en partage, le tribunal du lieu d'ouverture de la succession pourra être compétent <sup>2</sup>.

3<sup>e</sup> La pétition d'hérédité comprenant deux actions est sujette à s'éteindre par deux prescriptions, c'est-à-dire soit par suite de la prescription extinctive de l'action en déclaration de droits héréditaires, prescription qui s'accomplira par un laps de trente ans à partir du jour où un tiers se sera géré comme héritier, soit par suite de la prescription de l'action à laquelle elle est ajoutée ; car cette dernière action éteinte dépouille la première de son objet <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> L'action en pétition d'hérédité est-elle réelle, personnelle ou mixte ? Suivant les cas elle ressemble à une action réelle, personnelle ou mixte. Aussi est-il impossible de lui attribuer une nature que ses résultats ne démentent jamais. La question en réalité est insoluble, et cela seul aurait, ce me semble, dû déterminer la doctrine à abandonner la tradition.

<sup>2</sup> C'est précisément la conclusion à laquelle arrive M. Naquet dans l'intéressante étude qu'il a consacrée aux actions mixtes. (*Rev. de lég.*, 1874). Mais il la motive en disant qu'il faut s'attacher en cette matière aux résultats pratiques de l'action. Cette raison est fort contestable et mon système a l'avantage de la rendre inutile : si l'on admet l'existence d'une double action dans toute poursuite en pétition d'hérédité, il est logique de les porter ensemble devant le juge qui doit connaître de la plus importante des deux. (V. aussi Cauwès, p. 175, et Garsonnet, §§ 124 à 126).

<sup>3</sup> Dans la doctrine commune ou controversée la question de savoir si la pétition d'hérédité s'éteint par prescription acquisitive ou extinctive. Avec

Appliquons ces principes aux diverses actions dans lesquelles peut intervenir une contestation sur le droit héréditaire des parties.

a) Lorsque la pétition se présente comme contestation préjudicielle à une demande en partage, cette dernière action étant imprescriptible on ne pourra jamais opposer au demandeur que la prescription de son droit de réclamer la qualité d'héritier.

b) Lorsqu'elle précède une demande en revendication, l'action intentée peut périr soit par la prescription extinctive du droit de demander la qualité d'héritier, soit par la prescription acquisitive du droit de propriété réclamé<sup>1</sup>.

γ) Intentée préalablement à une action personnelle, elle sera sujette à deux prescriptions extinctives, d'une durée souvent inégale et dont l'une a pour point de départ le moment où la dette est devenue exigible, tandis que l'autre ne court qu'à partir du jour où un tiers s'est injustement attribué la qualité d'héritier.

δ) Dans le cas où elle sert de préliminaire au recouvrement de la succession, en dehors de la prescription du droit de se faire déclarer héritier elle subira l'application des prescriptions acquiesitives ou libératoires relatives à tous les droits compris dans l'hérédité, mais chacune de ces prescriptions ne pourra être opposée au demandeur que pour dispenser le défendeur de la restitution de l'objet auquel elle s'applique<sup>2</sup>.

notre système, cette controverse n'a plus de raison d'être, une action en déclaration de qualité ayant un caractère personnel.

Un héritier apparent de bonne foi se trouve en possession d'un objet, qu'il détient. L'obligation de restitution que le grevé a encourue l'héritier véritable l'en empêche d'après cet auteur. Pour nous, sa situation est telle qu'elle serait vis-à-vis du défunt. Observons à ce propos que l'héritier apparent ne pourra jamais opposer à l'héritier véritable la prescription des art. 2265 et 2266. Cette prescription exige un juste titre réel, et l'héritier apparent n'en a point. Il ne peut donc opposer que la prescription de l'art. 2279, qui est simplement potestive.

<sup>1</sup> Il est à peine besoin de remarquer que le défendeur, dans cette hypothèse, se prévaudrait en vain de l'acquisition par possession (2279) pour retenir les meubles compris dans l'hérédité. L'art. 2279 n'a trait qu'aux meubles corporels possédés à titre particulier.

4° Enfin si l'on adopte sur la nature de la pétition d'hérédité notre opinion, aucune considération ne vient plus s'opposer à l'exercice de l'action de l'héritier contre les ayant cause du défendeur. En effet puisque c'est des actions du défunt qu'il se sert dans tous les cas pour réclamer les biens de la succession, il peut les intenter contre toutes les personnes que le défunt aurait pu poursuivre lui-même, c'est-à-dire même contre les tiers qui ont acquis de bonne foi et à titre onéreux de l'héritier apparent un effet de la succession.

Telles sont, ce me semble, les conséquences nécessaires des idées que j'ai exposées dans cette étude. Qu'il me soit permis de souhaiter, en la terminant, qu'elles soient trouvées justes et qu'une plume plus autorisée que la mienne soit employée à mettre en lumière une théorie qui a au moins l'incontestable avantage de débarrasser notre droit civil de quelques-unes de ses trop nombreuses difficultés.

A. PILLET.

LES BIENS D'UNE SUCCESSION MOBILIÈRE ÉCHUE A UNE FEMME MARIÉE  
SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ, TOMBENT-ILS EN COMMUNAUTÉ,  
LORSQUE LA SUCCESSION EST ACCEPTÉE AVEC L'AUTORISATION DE LA  
JUSTICE ?

Par M. RÉGELSPERGER, docteur en droit.

Lorsqu'une femme est mariée sous le régime de la communauté légale, tout bien, meuble ou immeuble, qui lui appartient au moment de son mariage ou qu'elle acquiert postérieurement, fait nécessairement partie de l'un des deux patrimoines qui se constituent côte à côte sous le régime de la communauté, c'est-à-dire qu'il tombe dans la masse commune, ou qu'il reste dans le patrimoine propre de la femme. Or, l'art. 1401 nous apprend comment la communauté se compose activement; et, parmi les biens énumérés dans cet article, figure, dans le premier alinéa, le mobilier qui échoit aux époux pendant le mariage à titre de succession. Cet article ne fait aucune distinction selon que la succession a été acceptée avec autorisation du mari ou avec autorisation de justice. Il semble donc que l'on puisse affirmer sans hésitation, d'après ce texte, que les successions mobilières échues pendant



le mariage à la femme, comme d'ailleurs celles échues au mari, tombent dans la communauté.

Telle est en effet la doctrine que les auteurs avaient été unanimes à suivre jusqu'à ces dernières années <sup>1</sup>. Ils constatent que la communauté profite de l'actif des successions mobilières, et plusieurs font remarquer qu'il en est ainsi même s'il s'agit de successions échues à la femme et acceptées avec l'autorisation de la justice. Mais ils signalent ce fait sans y consacrer de longs développements, et les courtes observations qu'ils se bornent à faire servent plutôt à expliquer qu'à justifier la règle posée, ce résultat leur paraissant à l'abri de toute controverse <sup>2</sup>.

Nous avons énoncé la question en supposant le cas d'une succession purement mobilière. Il va de soi que la même question se pose en ce qui concerne la partie mobilière d'une succession composée à la fois de meubles et d'immeubles. Aussi les auteurs donnent-ils ici encore la même solution <sup>3</sup>. Mais, pour faciliter le raisonnement, nous nous placerons uniquement dans l'hypothèse d'une succession purement mobilière.

Seul, un auteur récent dont l'œuvre considérable a jeté de vives clartés sur de nombreux points du droit, M. Laurent, s'écarte sur cette question de l'opinion reçue et vient semer la controverse sur un terrain qui en était vierge. La doctrine nouvelle qui lui doit le jour ne nous semble pas de nature à prévaloir sur celle des précédents auteurs, aussi voulons-nous essayer de la réfuter. Certes, nous avouons qu'il est hardi de notre part de mettre notre plume inexpérimentée aux prises avec toute la science de l'éminent jurisconsulte, mais le but même que nous nous proposons pourra, nous l'espérons, nous servir d'excuse; ce but, c'est de ramener la question à l'application des vrais principes, de ces

<sup>1</sup> La question paraît également n'avoir fait aucune difficulté en pratique; car nous n'avons trouvé, dans les recueils de jurisprudence, aucune décision sur ce point.

<sup>2</sup> Battur, *Traité de la communauté de biens entre époux*, n° 329, t. 1, p. 451; Troplong, *Contrat de mariage*, II, § 833; Aubry et Rau, V, § 513, p. 376; Colmet de Santerre, VI, n° 52 bis, I, p. 122.

<sup>3</sup> Aubry et Rau, V, § 513, p. 379; Colmet de Santerre, VI, n° 56 bis, I, p. 127.

principes mêmes que M. Laurent met d'ordinaire en relief avec tant de puissance et de netteté.

« Les auteurs modernes, dit M. Laurent, admettent, sans même discuter la question, que les biens entrent en communauté, bien que les dettes n'y entrent pas. Nous ne connaissons d'autre raison que celle que donne Colmet de Santerre : les droits mobiliers des époux présents et futurs entrent dans l'actif de la communauté, donc les successions mobilières échues à la femme et acceptées par elle doivent nécessairement tomber en communauté<sup>1</sup> ».

Cette raison qui ne semble pas suffisante aux yeux de M. Laurent est cependant la seule et la véritable. Qui, dès qu'une valeur mobilière est acquise à l'un des époux, elle tombe en communauté, pourquoi une succession, par cela qu'elle est mobilière, et c'est aussi ; il n'y a pas d'autre raison, et tout ce qu'on doit y ajouter, c'est le développement de ce principe. La législateur a cru devoir, pour plus de précision, donner, dans l'article 1401, le détail des meubles qui entrent dans la communauté, mais il pouvait s'en dispenser et dire tout simplement : les meubles présents et futurs composeront l'actif de la communauté ; c'est là la règle générale.

Où, les biens mobiliers entrent dans la communauté, dans le cas d'acceptation avec autorisation de justice, bien que les dettes n'y entrent pas, et cela devait être. En effet, comme le met si bien en lumière M. Colmet de Santerre, c'est au point de vue des obligations, et non par rapport aux acquisitions, qu'il faut distinguer entre la femme autorisée par la justice et la femme autorisée par son mari. Au point de vue des dettes, le droit de poursuite des créanciers varie selon qu'il y a eu autorisation du mari ou autorisation de justice. C'est seulement au premier cas que les créanciers ont action sur les biens de la communauté et par voie de conséquence sur ceux du mari, au second cas, ils ne peuvent avoir les mêmes droits que dans des cas exceptionnels (art. 1416, 1419). Cette distinction, équitable en ce qui concerne la saisie de la succession n'aurait pas eu d'autre raison d'être par rapport à l'actif.

C'est qu'on ne pouvait permettre à la femme d'engager les biens

<sup>1</sup> Laurent, t. XXI, n° 436, p. 497.

<sup>2</sup> Colmet de Santerre, VI, n° 52 bis, I, p. 122.



femme a accepté la succession en se conformant à cette injonction légale, la communauté a acquis du chef de la femme, mais par l'autorité de la loi elle-même, les meubles qui composent cette succession. Rien ne met obstacle alors à l'application de l'article 1401-1°. Jusqu'à l'acceptation, la communauté n'avait sur ces meubles qu'un droit en expectative ; par l'acceptation, ce droit se réalise.

Mais il ne faut point dire, sous le prétexte que le mari est seigneur et maître de la communauté, que les biens doivent être de plus acceptés par le mari. Ce serait dénaturer le rôle de l'autorisation maritale, rôle que décrit si exactement M. Laurent dans plusieurs passages de son ouvrage. L'autorisation maritale en effet n'est pas exigée parce que les époux sont mariés sous tel ou tel régime, mais elle l'est indépendamment de tout régime matrimonial ; elle est uniquement la conséquence du mariage. Ce n'est pas l'intérêt personnel du mari que la loi a eu en vue en prescrivant l'autorisation, mais son but a été plutôt de veiller à la sauvegarde de la puissance maritale qui est d'ordre public et à la protection des intérêts de la femme. Aussi, la loi a-t-elle voulu que l'autorisation de justice pût suppléer à celle du mari, non seulement lorsqu'il y a une cause légitime d'empêchement de sa part, mais même lorsqu'il refuse injustement l'autorisation. Dans ce dernier cas, c'est comme un appel que la femme fait à la justice contre le mari qui abuse de son pouvoir. Si la loi avait voulu protéger le mari seul, elle aurait refusé à la femme ce recours à la justice, et la volonté du mari eût été décisive ; et dans ce système seulement, on aurait compris que le mari pût, par son refus d'autorisation, écarter de la communauté les biens de la succession mobilière.

La loi a institué le mari chef de la communauté. Ce titre est pour lui la source de droits étendus, illimités sur certains points, mais il lui impose des devoirs en même temps. Il doit donc accepter la communauté composée comme la loi a voulu qu'elle le fût. On ne peut point dire que ce soit là le contraindre à devenir propriétaire malgré lui, car, bien qu'il s'opère une confusion momentanée entre son patrimoine et celui de la communauté, bien qu'il lui soit attribué des droits presque

qu'à un propriétaire, les biens de la communauté sont néanmoins des biens communs. Le mari n'en est nullement le propriétaire exclusif, mais il joint à son titre de copropriétaire celui d'administrateur avec les plus larges pouvoirs. Il ne peut donc pas, invoquant sa qualité de chef de la communauté, modifier, de quelque manière que ce soit, la composition de cette communauté, telle qu'elle a été établie par la loi.

Il existe une autre question controversée qui présente avec la nôtre un certain point de contact et que M. Laurent examine longuement, c'est celle de savoir si le mari peut accepter lui-même une succession échue à sa femme. Voici ce qu'il faut supposer : une succession est échue à la femme, celle-ci veut y renoncer, le mari veut au contraire qu'elle soit acceptée et il refuse à sa femme l'autorisation de renoncer. Peut-il accepter de sa seule autorité ? M. Laurent n'hésite pas à déclarer que la négative est certaine et il rejette en même temps certains systèmes mixtes qui essaient de vider ce prétendu conflit entre le mari et la femme. Donc, lors même que la succession contiendrait des meubles destinés à tomber en communauté, M. Laurent refuse au mari tout moyen de faire bénéficier la communauté des meubles de cette succession, tant que la femme, seule héritière, ne l'a pas acceptée<sup>1</sup>.

Ceci étant connu, voici le rapprochement que nous voulons faire. Sur la question que nous venons de rappeler, M. Laurent décide que le mari ne peut pas faire tomber dans la communauté une succession échue à sa femme, contre le gré de celle-ci. Au contraire, sur la question que nous discutons, il admet que le mari pourra empêcher qu'une succession échue à sa femme ne tombe dans la communauté, également contre le gré de la femme. Il nous semble qu'il y a contradiction entre ces deux solutions. Pourquoi en effet donner au mari pouvoir pour restreindre la communauté, et ne pas lui donner pouvoir pour l'augmenter ? Pourquoi le mari pourra-t-il tenir l'acceptation de la femme pour non avenue au regard de la communauté, alors qu'il ne pourrait pas traiter de même sa renonciation ? Pourquoi enfin pourra-t-il régler la dévolution des biens à la communauté contre la vo-

<sup>1</sup> Laurent, XXI, n° 436-441.

lonté de la femme héritière, lorsqu'il s'agit d'écarter les biens successoraux de la communauté, et non lorsqu'il s'agit de les y faire entrer ?

Pour nous, les deux questions ont le même point de départ et doivent être résolues d'après les mêmes principes. C'est à la femme seule qu'il appartient d'accepter ou de répudier la succession à elle échue. Supposons que, d'après les règles du contrat de mariage, les biens composant cette succession soient appelés à tomber en communauté. Si la femme renonce, la communauté n'acquerra rien, même si la volonté du mari est contraire ; si la femme accepte, la communauté acquerra tout, et il faut ajouter encore, même si la volonté du mari est contraire. Le seul droit de celui-ci consiste à accorder ou à refuser son autorisation, et lorsque son refus est injuste, lorsqu'il a abusé de son autorité, la justice lui donne tort en accordant à la femme l'autorisation nécessaire pour l'exercice de son droit.

M. Laurent se refuse aussi à admettre, ainsi que nous l'avons signalé, que des charges et des obligations puissent être imposées au mari à l'égard d'une succession, lorsqu'il n'a pas autorisé sa femme à l'accepter. Nous n'hésitons pas à répondre d'abord que le mari n'est pas en droit de se plaindre de la situation qui lui est faite. La loi au contraire a pris en considération, autant qu'elle pouvait le faire, la volonté du mari manifestée par son refus d'autorisation. Dans ce cas, en effet, les biens de la communauté et ceux du mari sont en principe à l'abri des poursuites des créanciers. La loi ne pouvait aller plus loin.

De plus, en ce qui concerne ces charges et obligations auxquelles M. Laurent fait allusion, « recevoir le mobilier héréditaire, en dresser inventaire et répondre aux actions des créanciers comme détenteur des valeurs qui sont leur gage, » il est nécessaire et juste que le mari les supporte ; on doit même dire qu'elles sont pour lui une garantie. En tout cas, ce n'est pas la femme qui les impose au mari, c'est la loi.

Il est nécessaire et juste, avons-nous dit d'abord, que le mari supporte ces charges. Elles sont en effet la conséquence de ce qu'il est seigneur et maître de la communauté. Il ne peut pas trouver injuste que la loi l'ait astreint à certaines obligations

même lourdes, alors que le régime de la communauté lui apporte en compensation des profits si nombreux.

Nous avons ajouté que le mari y trouvait même une garantie. En effet, quand il refuse son autorisation pour l'acceptation de la succession mobilière, la loi admet que les biens de la communauté et ceux du mari échapperont à l'action des créanciers de la succession, mais c'est là une faveur. Pour que le mari puisse en jouir, il ne faut pas que la confusion se soit opérée entre les meubles de la succession et ceux de la communauté. La confection d'un inventaire est donc un moyen offert au mari par la loi d'empêcher cette confusion et de restreindre par là le droit de poursuite des créanciers aux seuls meubles composant la succession et à la nue-propriété des propres de la femme.

Enfin nous ne pouvons terminer sans dire quelques mots de l'historique de cette question. M. Laurent fait observer qu'elle était très-controversée dans l'ancien droit. Renusson expose en effet diverses opinions qui ont été autrefois proposées<sup>1</sup>. Mais ce qui nous frappe, c'est qu'il ne cite de décision de jurisprudence qu'en faveur d'une seule opinion, et cette opinion est précisément celle que nous défendons. La décision rapportée par Renusson est un arrêt du 26 mai 1651.

Quant à Le Brun, il admettait bien qu'en principe le refus d'autorisation par le mari n'empêchait pas les biens meubles de tomber en communauté ; mais il y mettait cette restriction que si le mari, en refusant d'autoriser sa femme, a déclaré qu'il ne prétend profiter directement ni indirectement des meubles de la succession, en ce cas ces meubles n'entraient pas en communauté.

Cette restriction était d'autant plus singulière que Le Brun apercevait très-exactement le motif du principe, ainsi que cela ressort de ces termes : « Cette déclaration dont nous venons de parler ne peut pourtant passer que pour un droit exorbitant : car régulièrement il ne devrait pas être au pouvoir du mari d'exclure de la communauté un profit qui y doit entrer aux termes de son contrat de mariage<sup>2</sup>. »

<sup>1</sup> Renusson, *Traité de la communauté*, 1<sup>re</sup> partie, chap. XII, nos 20 et s.

<sup>2</sup> Le Brun, *Traité de la communauté entre mari et femme*, liv. II, chap. III, sect. II, dist. 2, n° 14.

Aussi le jurisconsulte est hésitant et il explique l'effet qu'il attribue à cette déclaration par la considération suivante : puisque cette déclaration libère le mari des poursuites des créanciers héréditaires, il n'est pas juste qu'il puisse ensuite partager les meubles de la succession. Il n'y a cependant pas là une corrélation nécessaire et Battur fait remarquer « qu'une telle déclaration n'est que relative aux créanciers, et ne peut pas déroger aux droits de la communauté <sup>1</sup>. » Les développements qui précèdent permettent d'ailleurs de comprendre comment le mari peut être obligé de recevoir les meubles, et ne pas être tenu pour cela du paiement des dettes.

Après cette longue discussion, nous pouvons donc conclure. Les époux qui ont adopté un régime matrimonial ne peuvent pas se soustraire aux effets légaux de ce régime ni en modifier les règles après le mariage selon leur caprice ou leur intérêt, et la nécessité de l'autorisation maritale ne peut fournir au mari un moyen indirect de réaliser ce but ; ce serait une atteinte portée à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales (article 1395). Les époux n'ont donc ni l'un ni l'autre le pouvoir de transformer en propres les biens qui, d'après les règles de la communauté, doivent être communs entre eux. Spécialement, si le mari refuse d'autoriser sa femme à accepter une succession mobilière, il n'empêche pas par là nécessairement les meubles qui la composent de tomber en communauté ; ils y tomberont en effet si l'autorisation de justice vient suppléer à celle du mari.

#### G. RÉGELSPERGER.

<sup>1</sup> Battur, *Traité de la communauté de biens entre époux*, n° 329, t. 1, p. 451.



## BIBLIOGRAPHIE.

### TRAITÉ DES CONTRATS RELATIFS A L'HYPOTHÈQUE DE LA FEMME MARIÉE <sup>1</sup>.

Par M. Alexandre MÉRIGNHAC, Avocat, Docteur en droit.

Compte-rendu par M. Léon DECURT,  
Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Caen.

La formation et le développement du droit sont l'œuvre de la conscience populaire, et non pas l'œuvre du législateur, qui se borne à constater et à formuler le droit pour en faciliter l'application. La question de l'hypothèque légale de la femme offre de nos jours un des plus curieux exemples de ce développement spontané du droit. Aussi, malgré les travaux nombreux qui ont été déjà publiés sur ce sujet, nous ne pouvons que féliciter M. Mérignhac d'offrir au public un traité approfondi sur cette difficile et intéressante matière. Sous l'empire de quelles nécessités pratiques l'hypothèque légale a-t-elle été transformée en un instrument de crédit, quelles ont été les étapes diverses de cette évolution, comment cette théorie nouvelle se concilie-t-elle avec les principes formulés par le Code civil, dans quelle mesure le législateur doit-il intervenir pour la réglementer, voilà autant de questions dont l'examen s'impose à l'attention du juriste et que notre auteur a traitées et résolues en général avec la plus entière réussite.

Nous ne pouvons suivre M. Mérignhac dans les détails nombreux qu'il donne sur la nature, la forme et les effets de la subrogation, et nous nous attachons aux parties essentielles de l'ouvrage.

Après une introduction historique et un exposé des principes généraux de l'hypothèque légale de la femme, l'auteur analyse le contrat qui intervient si fréquemment dans la pratique, sous le

<sup>1</sup> Paris, 1882, 1 vol. in-8.

nom de *subrogation* à l'hypothèque légale de la femme, et aboutit à cette conclusion, que la subrogation est le transfert de l'hypothèque légale indépendante de la créance. Nous partageons entièrement cette opinion, et on ne peut méconnaître que la tendance actuelle de la jurisprudence et de la doctrine soit en ce sens. Cependant cette partie du livre nous paraît mériter quelques critiques. L'analyse du contrat de subrogation conduit notre auteur à généraliser la question et à rechercher si l'hypothèque peut être cédée indépendamment de la créance. Nous regrettons que M. Mérigniac n'ait pas donné plus de largeur à la discussion ; et nous eussions désiré, que, laissant un moment de côté l'explication des textes, notre auteur rattachât la cessibilité de l'hypothèque à sa nature intime et à sa fonction économique. Au point de vue des textes, M. Mérigniac pense que la cession d'hypothèque a été autorisée par la loi de 1855 (art. 9). Cette affirmation nous paraît tout au moins douteuse. Le législateur de 1855, M. Mérigniac l'explique lui-même en d'excellents termes, n'a voulu résoudre aucune des questions débattues ; il s'est borné à régler la forme des contrats relatifs à l'hypothèque légale. Enfin toute hypothèque pouvant être cédée indépendamment de la créance qu'elle garantit, pourquoi la pratique n'a-t-elle pas transformé l'hypothèque conventionnelle en un instrument de crédit, comme elle l'a fait pour l'hypothèque légale ? M. Mérigniac ne l'explique pas. À notre avis cette différence se rattache à l'instabilité de l'hypothèque conventionnelle, soumise malgré la cession à tous les modes d'extinction, qui pourraient atteindre la créance primitivement garantie<sup>1</sup>.

Un des chapitres les plus intéressants de l'ouvrage que nous analysons est celui dans lequel notre auteur examine longuement les formalités de la subrogation. Sur les effets de la subrogation, les solutions données par M. Mérigniac sont en général aussi ingénieuses qu'exactes, et il a eu le mérite de distinguer nettement l'hypothèque qui a été consentie à un créancier du mari, et celle qui a été faite à un créancier de la femme.

Dans une seconde partie notre auteur étudie toutes les con-

<sup>1</sup> V. Colmet de Santerre, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. 1, § 214, 75 bis, XII et XIII, p. 138.

ventions, autres que la subrogation expresse et directe, qui peuvent intervenir à l'occasion de l'hypothèque légale de la femme. La plus curieuse de ces conventions est assurément la cession d'antériorité. Après une analyse très fine, M. Mérignhac arrive à cette conclusion que la cession d'antériorité n'est autre chose qu'un échange de rang entre la femme et le créancier, qu'en un mot cette convention est une cession du droit de préférence, séparé du droit de suite. Mais le droit de suite et le droit de préférence peuvent-ils être ainsi séparés? M. Mérignhac ne prévoit pas l'objection. A notre sens, on peut y répondre en montrant que parfois le droit de préférence survit au droit de suite (purge de l'hypothèque légale, art. 2195), et qu'à l'inverse le droit de suite peut survivre au droit de préférence (art. 2146)<sup>1</sup>.

Nous nous bornons à indiquer les chapitres relatifs à la subrogation tacite, à l'influence de la cession de créance sur l'hypothèque de la femme, chapitres dont nous n'aurions à dire que du bien.

Arrivé au terme de cette longue carrière, M. Mérignhac devait formuler ses conclusions et se trouve ainsi amené à se demander si le législateur doit intervenir pour régler toute cette théorie. Après une critique très exacte des différents projets qui ont été proposés, notre auteur montre qu'une réforme législative bien comprise devrait avoir une portée plus large et établir le principe de la cessibilité de l'hypothèque en général. Nous nous rallions sans hésiter à ces conclusions, et nous pensons qu'une loi rédigée en ce sens serait en conformité parfaite avec les besoins économiques et la tendance des faits; et tôt ou tard la coutume fera ce que le législateur a le tort de ne pas faire. On sait d'ailleurs que plusieurs législations étrangères ont organisé des systèmes savants de cession d'hypothèque. Nous faisons allusion au système des *bons fonciers* (*Grundschedbrief*) établi en Prusse par la loi du 5 mai 1872, et au système des *Handfesten*,

<sup>1</sup> Ce dernier point est sans doute controversé. On peut cependant soutenir, avec de bons motifs, que dans l'espèce de l'art. 2146, le créancier ne perd que le droit de préférence et conserve le droit de suite.—V. dans la *Revue*, 1880, p. 109, un article de M. Laroche.

établi à Brème par la loi de 1860 <sup>1</sup>. Il eût été intéressant de rechercher en quelques pages s'il ne convenait pas d'établir en France, pour toute hypothèque, une organisation analogue.

Tel est le résumé à peu près complet de l'ouvrage de M. Mérignac. On voit que la part de la critique est bien légère. Ajoutons que ce livre est écrit dans un style clair et précis, peut-être cependant un peu froid. Nous regrettons que M. Mérignac ne généralise pas davantage et se forme du sujet une idée peut-être un peu abstraite. Quoi qu'il en soit, ce livre révèle chez son auteur des connaissances fort étendues et un esprit juridique profond. Rien de plus complet n'a été écrit sur la théorie de la subrogation, et ce traité sera le guide indispensable du jurisconsulte et du praticien dans cette difficile matière.

LÉON DUGUIT.

<sup>1</sup> V. Challamel, *Étude sur les cédules hypothécaires*, p. 140 et 186.

---

*L'Éditeur-Gérant : F. PICHON*

---

189

189

189

189

189

Paris. — Impr. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot, 10531

## EXAMEN DOCTRINAL

### JURISPRUDENCE CIVILE

(Année judiciaire 1882-1883),

Par M. Ch. MASSIOLI, agrégé près la Faculté de droit de Montpellier.

#### ÉTAT ET CAPACITÉ DES PERSONNES.

##### I.

NOM. — NOM DE TERRE ACQUIS A L'ÉTRANGER. — Cour de Dijon,  
10 février 1882<sup>1</sup>.

Personne n'ignore combien les changements de noms de famille, par adjonction de noms de terre, ont été fréquents sous l'ancienne monarchie. Les possesseurs de terres nobles avaient l'habitude de faire suivre leur nom patronymique du nom de leur terre; ce dernier s'incorporait au nom primitif, et, avec le temps, contribuait à former un nouveau nom de famille constitué indépendamment de toute autorisation du souverain.

Peut-être cet usage ne fut-il pas d'une irréprochable légalité. Deux ordonnances royales de 1555 et 1629 contenaient des dispositions destinées, ce semble, à le combattre et à le détruire; il prévalut contre elles, et la Cour de cassation tient aujourd'hui pour un point constant que la possession régulièrement constatée d'un nom dérivant de cette origine, avant l'époque intermédiaire, a pu constituer un droit, héréditairement transmissible, qui permet aux intéressés de faire rétablir, dans les actes de l'état civil, le nom de terre qui n'y aurait pas été inscrit<sup>2</sup>.

Ce n'est pas seulement en France que des noms se sont formés de cette manière. A la suite du régime féodal, d'où il dérivait, le même usage s'était établi dans les pays qui nous avoisinent.

Aussi la question suivante a-t-elle pu se présenter.

<sup>1</sup> Sirey, 1883, 2, 42.

<sup>2</sup> Voy. les observations de M. Labbé sur un arrêt de la Chambre des requêtes du 2 février 1881, *Revue critique*, 1883, p. 450.

Le chef d'une famille, en pays étranger, a joint à son nom patronymique un nom de terre. La législation locale ne contenait, à cet égard, aucune disposition prohibitive; le fait était licite ou toléré; la famille a porté son nouveau nom pendant un temps plus ou moins long, puis elle est venue s'établir en France; ses représentants actuels sont-ils fondés à réclamer le nom de terre, et la rectification des actes de l'état civil qui ne le contiennent pas leur sera-t-elle accordée ?

Un premier cas n'est pas douteux. — La famille étrangère a apporté en France son nom de terre; elle a été connue sous ce nom, elle en a eu la possession jusqu'à la Révolution, par exemple. — Il importe peu que l'adjonction ait eu lieu à l'étranger. Pas plus que l'état dont il est le signe, le nom légitimement porté à l'étranger ne se perd en franchissant la frontière; maintenu par une possession relativement récente, conforme à l'usage français, c'est-à-dire, à la nouvelle loi de la famille, il peut être revendiqué au même titre que le nom acquis dans des conditions analogues par une famille d'origine française. (Cpr. Rennes, 4 juin 1878; S. 1879, 2, 10).

Modifions l'hypothèse. — La famille étrangère n'a jamais pris en France son nom additionnel. — Le motif invoqué à l'appui de la solution précédente ne nous permet pas de dire que les descendants actuels aient perdu *ipso facto* tout droit de réclamer ce nom. Mais cela ne signifie pas qu'ils l'aient toujours conservé; les circonstances de fait, le laps de temps écoulé depuis l'abandon du nom devront être pris en considération.

Cette décision se justifie aisément. En l'absence d'un titre de collation du nom émané de l'autorité compétente, le seul nom légitime d'une famille est celui que lui donnent sa possession et l'usage du public. Où le nom de terre aura cessé d'être porté, il se peut qu'il n'y ait pas eu incorporation achevée, l'accord tacite du public et de la famille n'ayant pas persisté assez longtemps; il se peut aussi que la possession nouvelle présente un caractère de durée qui interdise de lui préférer une possession antérieure, à peine de méconnaître l'intérêt qu'a la société à la fixité des noms.

L'arrêt de la Cour de Dijon nous paraît conçu dans cet esprit.

La demande dont la Cour avait à apprécier le mérite, et qu'elle a d'ailleurs rejetée, était formée par un descendant d'un gentilhomme irlandais venu se fixer en France vers l'année 1650, mais qui n'y avait jamais pris le nom de terre que l'on prétendait lui avoir appartenu et dont on poursuivait la restitution.

L'arrêt insiste à deux reprises sur cette dernière circonstance. La pensée de la Cour est-elle que le nom a été perdu par cela seul qu'il n'a pas été apporté en France? Il y aurait certainement exagération à le dire, et nous ne saurions partager, sur ce point, le sentiment d'un arrêliste<sup>1</sup>.

En effet, si telle est sa doctrine, la Cour ne se préoccupera pas de savoir si, à l'étranger, le nom réclamé a appartenu à tous les membres de la famille ou seulement à l'héritier du fief; dans l'un et l'autre cas la demande ne sera pas fondée. — Tout au contraire, elle relève dans son arrêt l'insuffisance des justifications qui lui ont été fournies à cet égard.

La décision est en réalité fondée sur l'absence de la possession prolongée et constante qui est nécessaire pour opérer l'incorporation du nom additionnel; aussi rappelle-t-elle expressément les règles établies en cette matière par la jurisprudence de la Cour suprême.

## II.

SÉPARATION DE CORPS. — PENSION ALIMENTAIRE. — AUGMENTATION. —  
Chambre des requêtes, 19 mars 1883<sup>2</sup>.

La difficulté sur laquelle la Chambre des requêtes avait à se prononcer, après la Cour de Toulouse, se résout par des principes très simples : elle n'en est pas moins intéressante.

Le devoir de secours dont les époux sont réciproquement tenus, aux termes de l'art. 212, implique pour chacun d'eux, s'il est dans le besoin, le droit de demander à l'autre une pension alimentaire, lorsque la vie commune a cessé par la séparation de corps. Dans cette circonstance, comme en toute autre, l'étendue de l'obligation alimentaire est essentiellement variable; elle augmente ou elle diminue avec les ressources du débiteur ou les besoins du créancier.

<sup>1</sup> *Daloz*, 1882, 2, 129.

<sup>2</sup> S. 1883, 1, 297.

Ces notions rappelées, les éléments de fait du débat dans lequel il fallait en faire l'application étaient ceux-ci :

Un mari, débiteur envers sa femme d'une pension alimentaire fixée au moment de la séparation de corps à une somme assez modique, avait recueilli un legs universel fort important. Une augmentation de la pension lui est demandée à raison de cet accroissement de fortune. Il résiste en invoquant les termes du testament qui l'a institué légataire. On y trouve, en effet, une clause qui tout en le laissant « libre de disposer de ses biens selon sa volonté », ajoute que sa femme « ne pourra jamais et à aucun titre jouir d'aucun des biens compris dans la succession du disposant. » — Allouer une pension plus forte, dit le mari aux juges saisis de la contestation, en considération de ma situation actuelle, en prenant comme élément d'appréciation la libéralité qui m'a été faite et les revenus qu'elle me procure, ce serait admettre ma femme à bénéficier de cette libéralité ; la clause prohibitive du testament se trouverait violée.

Il ne nous paraît pas démontré, et nous partageons à ce sujet les doutes du conseiller rapporteur, que cette interprétation du testament répondit exactement à la pensée de son auteur. Peut-être n'avait-il pas voulu autre chose que défendre à son légataire de disposer des biens légués en faveur de sa femme <sup>1</sup>, et les exclure de toute prétention que celle-ci aurait pu fonder sur ses conventions matrimoniales. La question ne paraît pas avoir été débattue ; aucune des décisions intervenues dans l'affaire ne conteste que le testateur ait voulu aller jusqu'à empêcher l'attribution d'aliments à la femme sur les revenus des biens légués.

Mais ceci accepté comme point de départ, la résistance du mari était-elle justifiée ? Assurément non.

Le procès se prêtait à une solution de principe qui aurait été neuve en jurisprudence : le tribunal et la Cour d'appel l'ont entrevue ; ce n'en est pas moins, en dernière analyse, une pure décision d'espèce qui a été rendue.

Le mari possédait quelque fortune avant de recueillir le legs

<sup>1</sup> Une telle clause est-elle licite ? L'affirmative est enseignée par M. Demolombe (t. XVIII, n° 303 *ter*). M. Laurent combat cette opinion (*Principes*, t. XI, n° 466.)



universel, et la pension qu'il payait n'absorbait naturellement pas la totalité de ses revenus (art. 208); une allocation plus forte pouvait donc être accordée à la femme sans que les revenus des biens provenant du legs fussent directement entamés. Il fallait sans doute, à cette fin, se livrer à une appréciation de la fortune actuelle du mari, en y comprenant les biens légués, mais qu'importe? Ce n'était là qu'un des éléments du calcul à faire; le juge pouvait ne tenir compte de la valeur du legs que pour élever le chiffre de la pension jusqu'à la limite des revenus antérieurs du mari.

Le rapport présenté à la Chambre des requêtes donne à croire que la Cour de Toulouse a eu recours à ce moyen ingénieux de concilier les prétentions des deux parties. En tout cas il n'a pas été démontré « que la femme eût été admise à participer directement à la jouissance d'une partie quelconque de la libéralité »; ce motif a déterminé la Chambre des requêtes à rejeter le pourvoi qu'on avait fondé sur la violation des articles 1134 et 967 et sur une fausse application des articles 203, 214 et 301.

Nous croyons qu'il faut aller plus loin. La démonstration, dont parle l'arrêt, eût-elle été faite, la décision déferée à la Cour suprême n'aurait pas dû, à notre avis, être censurée pour ce motif.

Nous sommes ainsi amené à dégager une solution de doctrine que nous formulerons de la manière suivante :

La déclaration qui exclut, à quelque titre que ce soit, du profit d'une libéralité de biens disponibles une personne envers laquelle le gratifié est tenu de l'obligation alimentaire, ne saurait empêcher que l'étendue de cette obligation ne se détermine d'après la fortune totale du débiteur et que les aliments ne se prennent au besoin sur les revenus des biens compris dans la libéralité.

La raison en est simple; l'article 900 nous la fournit : la clause est illicite et doit être réputée non écrite dans la mesure où elle ferait obstacle à l'application des principes qui régissent l'obligation alimentaire.

En vain objecterait-on qu'une déclaration d'insaisissabilité peut être apposée à une libéralité de biens disponibles et que, suivant une jurisprudence constante, une telle clause est opposable au moins aux créanciers dont les droits sont antérieurs à la donation ou au legs.—Nous ne voudrions pas nous contenter de

répondre que la créance alimentaire n'est pas une créance une fois née, qu'elle se renouvelle au contraire chaque jour et que son titulaire a, par suite, le droit de se dire créancier postérieur à la libéralité. En effet, telle que nous la supposons, notre clause n'est pas simplement une clause d'insaisissabilité; elle constitue une clause d'inaliénabilité relative, entraînant insaisissabilité, et opposable à la personne visée par le disposant, encore, que les droits de créance dont elle se trouverait investie contre le gratifié aient pris naissance après la libéralité <sup>1</sup>.

Mais il faut remarquer que l'obligation d'aliments est d'ordre public. Il est certain que son étendue ne peut pas être réglée définitivement ni par convention ni par jugement; toute condition de ne pas l'acquitter serait illicite comme tendant à empêcher l'accomplissement d'un devoir de famille (Cf. l. 9., Dig. *De condit. instit.*); nous ajoutons, par la même raison, que toute disposition de nature à porter atteinte au droit du créancier excède les pouvoirs du disposant et tombe sous le coup de l'art. 900.

Qu'aurait-on fait de la clause du testament, dans l'espèce de notre arrêt, si les époux s'étaient réconciliés et avaient repris la vie commune? La Cour de Toulouse a très bien vu qu'il aurait fallu la mettre de côté et qu'elle n'aurait pas pu empêcher la femme de vivre sur les revenus de tous les biens de son mari, sans distinction d'origine. On n'aurait pas eu davantage à en tenir compte, malgré le maintien de la séparation, si le mari, par suite d'un fait quelconque, s'était trouvé ne plus posséder d'autres biens que ceux qui lui venaient du testateur. Cela démontre bien qu'une telle clause est viciée dans son essence: contraire, à un certain moment, aux sentiments d'honnêteté publique qui ont fait consacrer par la loi l'obligation alimentaire, elle ne peut pas avoir, par intermittences, un caractère tout différent.

### III.

SÉPARATION DE CORPS. — GARDE DES ENFANTS CONFIEE A UN TIERS. — DÉCHU DU MARI.  
— DEMANDE DE LA MÈRE. — Cour de Paris, 7 juillet 1882<sup>2</sup>.

La disposition du jugement qui, en prononçant la séparation

<sup>1</sup> Cpr. sur les effets des clauses d'inaliénabilité et d'insaisissabilité, Aubry, et Rau, t. VII, § 692, p. 297, texte et notes §§ à 40, § 1883, 2, 219.

de corps contre une femme, a confié la garde de son enfant à une tierce personne, cesse-t-elle de produire ses effets au décès du mari, par cela seul que la mère se trouve alors investie de la puissance paternelle ?

Cette question intéressante ne s'était pas encore présentée devant la justice, autant du moins qu'on en peut juger par les recueils. En la résolvant dans le sens de la négative, la Cour de Paris a pris comme point de départ une idée que la jurisprudence, soucieuse de procurer satisfaction à un intérêt social de premier ordre, s'est efforcée de faire accepter comme un principe, l'idée que les tribunaux ont le pouvoir de limiter l'exercice de la puissance paternelle, dans l'intérêt de l'enfant, notamment en ce qui concerne l'éducation et la garde.

Ceci a été admis assez facilement dans le cas de séparation de corps. L'art. 302 venait ici à l'appui de la proposition. Avec plus ou moins de restrictions dans la forme, on a étendu à la séparation ce qu'il disait du divorce, car, s'il laissait tout pouvoir au juge, c'est moins en considération de la dissolution du mariage que de l'indignité possible des époux. — Constatons toutefois sur ce point et les suivants l'opinion dissidente de M. Laurent (*Principes*, t. III, n° 350 ; t. IV, nos 291 et s.).

Le pouvoir du juge étant reconnu dans ce premier cas, il était facile d'aller plus loin. Qu'importe l'état de séparation ou la persistance de la vie commune si l'indignité est certaine, si l'enfant est en butte à de mauvais traitements, s'il n'a sous les yeux que de mauvais exemples ? — La puissance paternelle est un pouvoir de protection ; elle ne donne de droits que par corrélation aux devoirs qu'elle impose et comme moyen d'en procurer l'accomplissement ; si ces devoirs ne sont pas remplis, les [droits disparaissent, les magistrats doivent pourvoir à l'intérêt de l'enfant. Ils peuvent l'enlever au père et à la mère demeurant ensemble ; à plus forte raison leur contrôle s'exerce-t-il quand l'un des deux parents est décédé.

Toutes ces propositions sont rappelées dans notre arrêt. Nous ne saurions faire un grief à la jurisprudence de les avoir émises. Examinons la conséquence que la Cour en a déduite.

Ce qui caractérise l'affaire actuelle, c'est la nature de la

prétention de la mère. — Elle ne sollicite pas une décision bienveillante ; elle craint sans doute de n'être pas écoutée en demandant simplement au tribunal de revenir sur les mesures essentiellement révocables qu'il a prises ; elle se place sur un autre terrain, elle affirme un droit absolu : le mariage est dissous, — le jugement de séparation n'a plus d'objet, — toutes les dispositions qu'il contient et qui étaient la conséquence de la séparation ont été anéanties par la mort du mari, — la puissance paternelle doit s'exercer librement. — Telle est la thèse.

Il n'est pas besoin d'insister beaucoup sur les dangers qu'elle présente pour l'enfant. La situation de fait qui avait motivé les dispositions du jugement subsiste peut-être ; elle a même pu s'aggraver ; pourtant l'enfant sera repris à la personne qui en avait la garde et qui veillait à sa bonne éducation. — Dira-t-on que si les choses sont telles, les parents, le conseil de famille seront fondés à provoquer de nouvelles mesures ? Il faudrait bien l'admettre en effet ; mais alors que gagne-t-on à décider que le jugement a cessé *de plano* de produire ses effets ? On court une chance, et elle est défavorable à l'enfant ; on le prive d'une protection qui lui était assurée, qui lui est indispensable dans la grande majorité des cas, et on l'en prive, ce qui est singulier, au moment où la loi-elle même restreint les prérogatives de la puissance paternelle (art. 381).

On dit que, le mariage étant dissous, toutes les dispositions contenues dans le jugement de séparation de corps sont tombées et que la mère est investie d'un droit nouveau. — Voici la réponse de la Cour : Quoique prise à l'occasion de la séparation de corps, la décision qui a statué sur la garde de l'enfant avait sa raison d'être particulière. Elle a eu principalement en vue, comme le veut l'article 302, le plus grand avantage de l'enfant ; tant qu'il n'est pas constaté que « le plus grand avantage précédemment reconnu a cessé d'exister, elle doit recevoir son exécution. »

Nous acceptons ce motif. Ne pourrait-on pas le corroborer par un autre argument qui serait plus direct ? Si le père a seul l'exercice de l'autorité paternelle pendant le mariage, il n'est pas moins certain que cette autorité est commune aux deux époux. Ceci posé, lorsque, en prononçant la séparation de corps,

le juge est appelé à décider de la garde de l'enfant, la question qui se présente pour lui n'est-elle pas de savoir s'il accordera à la mère, dans la mesure du droit de garde, l'exercice de la puissance paternelle? S'il la résout négativement, en confiant l'enfant à un tiers, sa sentence est opposable à la mère à toute époque, même après la dissolution du mariage, parce que cet événement ne lui donne nullement, quant à la garde, une qualité nouvelle; la justice a déjà prononcé sur son droit, et il n'y a de place que pour une demande tendant à faire rapporter les dispositions précédemment prises. Les circonstances indiqueront si elle doit être accueillie.

## IV.

DROIT DE GARDE. — TUTEUR. — TESTAMENT PATERNEL. — Cour de Rouen,  
4 janvier 1883 <sup>1</sup>.

Cet arrêt résout encore une difficulté relative au droit de garde, mais ce n'est plus comme dépendance de la puissance paternelle, c'est comme dépendance du pouvoir tutélaire qu'il avait à envisager ce droit.

La garde du mineur dont les père et mère sont décédés appartient en effet au tuteur, en vertu de l'art. 450 qui, en le chargeant de représenter le pupille dans les actes de la vie civile, lui donne en même temps la mission de prendre soin de sa personne.

Il fallait décider, dans l'espèce, si cette prérogative est essentielle à la tutelle, ou s'il est permis au dernier mourant des père et mère, en choisissant un tuteur, de confier par acte de dernière volonté la garde et l'éducation du pupille à une autre personne.

On conçoit le souci qu'aura le père ou la mère de réaliser, par cette division de pouvoirs, le plus grand avantage matériel et moral du mineur. L'organisation de la tutelle romaine emportait une combinaison de ce genre; dans notre ancienne jurisprudence, il n'était pas défendu de l'établir.

Aujourd'hui les avis sont partagés.

Il paraît certain (plusieurs textes le prouveraient au besoin), que le Code n'a pas admis la pluralité de tuteurs; elle serait un obstacle à la bonne administration; il faut craindre des divergences

<sup>1</sup> D. 1883, 2, 155.

de vue et des conflits entre personnes qui auraient à remplir le même office. La plupart des auteurs enseignent cette doctrine ; mais quelques-uns l'atténuent en prévision de l'hypothèse que nous examinons : — elle se distingue, dit-on, de celle où plusieurs tuteurs auraient été nommés avec des pouvoirs égaux et de même nature ; ici les attributions sont divisées, l'intérêt du mineur mérite d'être pris en considération. L'arrêt de la Cour de Rouen est en ce sens ; la Cour de cassation avait précédemment déclaré valable la nomination faite par un conseil de famille de deux tuteurs, l'un à la personne et l'autre aux biens. (Cass. Req. 14 déc. 1863 ; S. 1864, 1, 21).

Ces décisions nous laissent des doutes. Personne n'admet que les attributs de la puissance paternelle, lorsqu'elle passe à la mère survivante, puissent être modifiés par un testament. Pourquoi dire le contraire du pouvoir tutélaire ? nous n'en voyons pas la raison. Où s'arrêtera-t-on d'ailleurs dans cette voie ? Ne dira-t-on pas aussi que la composition du conseil de famille peut être réglée par testament, en vue du plus grand intérêt du pupille ? — Le pouvoir tutélaire est d'ordre public ; le législateur lui a donné l'organisation qui lui a paru la plus convenable, ses dispositions s'imposent à tous. On ne doit pas destituer partiellement un tuteur qui n'a pas démérité.

L'arrêt de la Cour de Rouen nous fournit une indication sur une question secondaire qui se pose dans sa doctrine. La personne chargée de la garde et de l'éducation du pupille, doit-elle satisfaire aux conditions de capacité qui sont exigées d'un tuteur ?

L'affirmative s'accorderait certainement très-mal avec le principe pris pour base de la décision ; l'intérêt du mineur veut que le choix du testateur puisse s'exercer le plus librement possible. Dans l'espèce, le père du mineur avait désigné sa seconde femme, et il avait déclaré la nommer « en tant que de besoin tutrice à la personne de sa fille ». L'article 442 s'opposait à l'efficacité de cette institution : la mère et les ascendantes sont les seules femmes auxquelles la loi reconnaisse la capacité d'être tutrices ; et c'était un des griefs relevés contre le maintien de la disposition relative à la garde.

La Cour a effacé l'institution de tutelle en considérant qu'elle

n'avait été écrite que pour mieux assurer, s'il le fallait, l'exécution de la disposition principale et que celle-ci, étant licite en soi, ne devait pas être viciée par une clause accessoire et inutile.

## V.

FILIATION LÉGITIME. — RECTIFICATION DE L'ACTE DE NAISSANCE. — QUESTION D'ÉTAT.  
— Chambre des requêtes, 13 novembre 1882<sup>1</sup>.

C'est un conflit de juridiction entre les Cours d'appel de Lyon et de Dijon qui a donné lieu à cet arrêt.

Les deux Cours étaient divisées sur la manière de qualifier, dans un intérêt de compétence, la demande formée par un enfant, inscrit à sa naissance sur les registres de l'état-civil comme enfant naturel né d'un père inconnu et d'une femme qui à cette époque était mariée, à l'effet d'obtenir son inscription comme enfant légitime de cette femme et de son mari. La Chambre des requêtes a déclaré que cette demande soulève une question d'état et doit être portée devant le tribunal du domicile des prétendus parents légitimes.

La raison ne trouve rien à redire à cette manière de voir. On est en présence d'une situation évidemment singulière, qui éveille des soupçons, qui laisse supposer une séparation de fait entre la mère et son mari, un accouchement qui aurait été caché à celui-ci, des relations illicites; il ne convient pas de toucher au titre avant que le demandeur n'ait fait statuer sur son état. Mais cette conclusion est-elle aussi bien fondée en droit?

Aucun doute n'existerait si l'irrégularité, dont l'acte de naissance est entaché, l'empêchait, comme l'a soutenu M. Demante, (*Cours analytique*, t. II, nos 45 bis et 46 bis, VII) de prouver la maternité de la femme qui s'y trouve désignée. La demande de l'enfant constituerait, dans cette donnée, une pure réclamation d'état.

La question devient un peu plus embarrassante si l'on décide avec la majorité de la doctrine et une jurisprudence aujourd'hui bien établie, que l'acte de naissance prouve la filiation maternelle dès que la mère y est dénommée, sans qu'il y ait lieu de

<sup>1</sup> S. 1883, 1, 272.

s'arrêter aux irrégularités relatives au nom du père. Il semble en effet qu'on puisse faire le raisonnement suivant. La maternité étant constatée et prouvée par le titre, il suffit de rapprocher de celui-ci l'acte de mariage de la mère pour faire apparaître le nom du père : c'est celui du mari, la présomption de l'article 312 l'indique et la loi vient en quelque sorte l'inscrire elle-même dans l'acte de naissance ; il ne reste plus qu'à effacer des mentions qui sont légalement mensongères, et ceci peut être obtenu par une simple demande en rectification.

Ce raisonnement ne serait pas décisif à notre avis. Il ne démontre qu'une chose, c'est que la situation dont nous nous occupons n'exige pas que l'enfant forme une action en réclamation d'état au sens précis du mot (art. 323, C. civ.) ; aussi bien notre arrêt n'emploie-t-il pas cette expression. Mais il est vrai de dire que la demande soulève une question d'état.

Pour pouvoir invoquer la présomption de l'article 312, il faut établir l'identité de la femme désignée dans l'acte de naissance avec celle à qui s'applique l'acte de mariage ; à cette condition seulement le mari sera présumé le père, la maternité légitime sera entièrement prouvée et la rectification deviendra possible. Il suit de là que la question d'état l'emporte dans le débat ; quoi qu'on puisse dire, la demande est bien plus dirigée contre la mère que contre l'acte de naissance ; il faut donc se tenir à la règle générale de compétence établie par l'article 59 du Code de procédure civile, et porter l'affaire devant le tribunal du domicile du mari : la forme spéciale de la demande en rectification ne peut pas être employée.

## VI.

FILIATION NATURELLE. — RECONNAISSANCE. — VALIDITÉ. — LÉGITIMATION. —  
 Cour de Poitiers, 27 décembre 1882 <sup>1</sup> ; Cour de Paris, 25 juin 1883 <sup>2</sup> ; Cour  
 de Paris, 8 mai 1879 <sup>3</sup> ; Chambre des requêtes, 29 janvier 1883 <sup>4</sup>.

I. — Nous n'insisterons pas longtemps sur la première des décisions que nous citons, celle de la Cour de Poitiers.

<sup>1</sup> D. 1883. 2. 120.

<sup>2</sup> S. 1883. 2. 205.

<sup>3</sup> S. 1883. 1. 369.

<sup>4</sup> D. 1883. 1. 319.



Elle s'est prononcée sur la question de savoir si la reconnaissance faite après la mort d'un enfant naturel décédé sans postérité est valable, et procure à son auteur la vocation héréditaire.

La doctrine est divisée et le doute se comprend. On est peu touché d'une sollicitude qui ne s'éveille qu'à une époque où les charges ne sont plus à craindre, où il n'y a plus que profit à recueillir. Mais, d'un autre côté, est-ce que l'esprit de lucre n'apparaît jamais dans les reconnaissances faites du vivant de l'enfant ? N'y a-t-il pas aussi des situations qui méritent faveur ? Ne rencontre-t-on pas des mères qui ayant rempli tout leur devoir ne se sont pas douté qu'une reconnaissance était nécessaire pour leur donner légalement leur qualité et des droits ? Ne s'est-il pas présenté des cas où, sous une législation militaire moins sévère que celle de 1872 à l'égard des enfants naturels, la reconnaissance n'était faite que dans le seul intérêt d'un autre enfant de la mère ? On voudrait pouvoir faire des distinctions ; mais elles seraient arbitraires et il faut opter entre deux systèmes absolus.

La Cour de Poitiers a préféré celui qui valide la reconnaissance et lui fait produire la vocation héréditaire. La reconnaissance n'est que la déclaration d'un fait ; aucun texte ne la frappe d'inutilité si elle n'est pas intervenue dans un certain délai ; que les intéressés la contestent s'ils la trouvent suspecte et la croient mensongère.

II. — Il est certain en effet qu'une reconnaissance de paternité ou de maternité naturelle, qui tendrait à attribuer à un enfant une filiation autre que sa filiation véritable, pourrait être attaquée en justice par tout ceux qui auraient intérêt à en faire apparaître le caractère mensonger (art. 339, C. civ.). Toutefois une difficulté surgit ici.

Quel est cet intérêt dont l'existence est nécessaire pour légitimer l'action ? Doit-il être pécuniaire, ou bien un intérêt moral serait-il suffisant ?

Les auteurs de la loi se sont abstenus de préciser ce point ; ce n'est pas sans intention, car il n'y a pas de doute qu'une certaine part, au moins, doive être faite à l'intérêt moral en cette matière.

Lui seul suffit, sans qu'il soit besoin de parler d'un intérêt pécuniaire plus ou moins apparent selon les cas, pour motiver l'action qu'intenterait l'enfant, ou la personne qui l'aurait déjà reconnu, ou l'auteur de la reconnaissance si on lui accorde le droit de revenir sur son aveu, et encore ses père et mère. L'intérêt moral pourrait aussi être invoqué par les père et mère véritables qui voudraient reconnaître l'enfant reconnu par une autre personne. Ces solutions sont constantes.

Mais voici une hypothèse qui laisse place au doute. La sincérité de la reconnaissance est contestée du vivant de celui qui l'a faite, par des collatéraux. Nous supposons qu'ils sont les seuls représentants de la famille. L'action est-elle recevable ?

L'intérêt pécuniaire, du moins un intérêt né et actuel, fait défaut : la reconnaissance n'a porté atteinte qu'à des espérances de succession plus ou moins fragiles ; aucun droit n'était ouvert. Mais le lien de famille, le souci de l'honneur du nom et des traditions qui s'y rattachent, constituent, selon les circonstances, un intérêt moral appréciable ; l'article 339 ne permettrait-il pas d'en tenir compte même dans notre cas ?

La négative est généralement enseignée. Des auteurs ont invoqué à ce propos l'art. 187 dont la signification certaine est que les collatéraux ne peuvent intenter l'action en nullité contre un mariage, dans les cas où elle leur est ouverte, qu'à la condition de justifier d'un intérêt pécuniaire né et actuel (Cf. Aubry et Rau, t. VI, § 568 *ter*, p. 179, texte et note 27 et les autorités citées).

Une confusion n'a-t-elle pas été commise ? — Nous concevons qu'on étende la règle posée par l'article 187 au cas où des collatéraux voudraient faire annuler une adoption, ou même une reconnaissance d'enfant naturel dont la sincérité ne serait pas mise en question, celle qui aurait été reçue, par exemple, par un notaire instrumentant hors de son ressort, si tant est que cette irrégularité soit seulement une cause d'annulation. On se trouve en effet dans ces deux hypothèses en présence d'un acte dont les éléments primordiaux ne sont pas discutés, accompli en vue d'un résultat qu'il était au pouvoir de son auteur d'atteindre, et que l'on aurait pu rendre inattaquable par une observation un peu plus scrupuleuse des règles de la loi : les collatéraux doivent le

respecter, à raison de l'indépendance réciproque des membres de la famille, aussi longtemps que leurs intérêts pécuniaires ne sont pas directement lésés.

La situation est tout autre si la reconnaissance est mensongère. La loi en permettant de la contester comme telle est partie de l'idée que la reconnaissance doit être uniquement la constatation d'un lien antérieur et qu'un rapport de filiation naturelle ne saurait être créé arbitrairement. Si ce rapport ne préexiste pas, l'acte est entaché d'une fraude : tout intérêt appréciable légitime dès lors une action pour la démasquer <sup>1</sup>.

Cette manière de voir une fois acceptée, il en résulte une conséquence que l'arrêt de la Cour de Paris du 25 juin 1883 met bien en relief. — Une reconnaissance d'enfant naturel a été suivie de légitimation. L'intérêt moral des collatéraux à contester l'état de l'enfant est plus grand encore que si la légitimation n'avait pas eu lieu : l'enfant entre dans la famille, l'intérêt fondé sur la parenté s'ajoute à l'intérêt fondé sur l'honneur du nom ; la contestation sera possible. Elle le sera du moins si la sincérité de la reconnaissance est attaquée. — Que si, au contraire, on veut faire tomber la légitimation en s'en prenant à son second élément, le mariage, l'intérêt moral ne suffira plus pour motiver l'action en nullité, l'article 187 devra être observé.

La distinction est parfaitement exacte en soi. Dans son application aux faits du procès, elle appelle quelques observations.

Les auteurs de l'enfant avaient fait célébrer leur mariage deux fois, une première fois à Londres et une seconde fois en France dans la pensée que la première célébration avait été irrégulière ; la jurisprudence d'accord avec la doctrine, permet de « réhabiliter » de cette manière une union dont la validité pourrait être mise en question (Req. 14 déc. 1880, S. 1881. 1. 349). La reconnaissance de l'enfant avait eu lieu dans l'intervalle des deux célébrations ; la légitimation ne pouvait donc résulter que de la seconde. Des collatéraux, n'ayant d'ailleurs aucun intérêt pécuniaire engagé dans le procès, attaquaient la légitimation, d'abord comme irrégulière par suite d'un défaut de publicité qui

<sup>1</sup> Cpr. en ce sens l'opinion de notre savant maître M. Beudant, *Dissertation ap. Dalloz*, 1870, 1, 241.

aurait rendu le second mariage annulable (art. 191), et ensuite comme frauduleuse à raison de la validité de l'union célébrée à Londres.

De ces deux prétentions, la première était certainement susceptible d'être écartée par la fin de non recevoir tirée de l'art. 187. La seconde manquait de base en fait; on ne démontrait pas la validité du premier mariage.

Mais si cette démonstration avait été offerte et fournie, l'intérêt moral, réduit dans l'espèce à l'intérêt de la parenté puisque la reconnaissance n'était pas attaquée, aurait-il pu justifier l'action? Nous le croyons, car la seconde célébration n'aurait plus été, dans cette hypothèse, qu'un acte inutile, impuissant à modifier en rien la situation antérieure, et la demande tendant à la faire déclarer sans valeur n'aurait pas été une demande en nullité de mariage soumise à la règle posée par l'art. 187.

III. — Une nouvelle affirmation de l'idée qu'un intérêt moral pourrait autoriser à contester la sincérité d'une reconnaissance les collatéraux de celui de qui elle émane, est contenue dans les motifs d'un autre arrêt de la Cour de Paris, en date du 8 mars 1879. Il résout d'ailleurs des questions multiples que nous allons indiquer. Il faut en rapprocher deux autres arrêts rendus, après cassation pour vice de formes, entre les mêmes parties. (Orléans 16 juillet 1881, et sur pourvoi Chambre des Requêtes, 13 juin 1882, D. 1882. 1,309). Les trois décisions sont identiques dans leur doctrine.

L'affaire sur laquelle elles ont statué mettait en présence les descendants légitimes d'un enfant reconnu et adopté par son père, et des collatéraux qui, prétendant à la succession de ce dernier, contestaient la sincérité de la reconnaissance, la validité de l'adoption et enfin celle d'un legs universel fait par le *de cujus* à leurs adversaires. La réduction de ce même legs était aussi demandée subsidiairement.

La reconnaissance, contenue dans l'acte de naissance, était attaquée sous le prétexte que l'enfant déclaré né d'une mère inconnue était en réalité l'enfant (légitime disait-on) d'une femme mariée.

Le problème ainsi posé a été examiné par les auteurs et s'est présenté plus d'une fois devant les tribunaux. Il trouve sa solution dans la distinction que voici :

La contestation n'est pas irrécevable si elle a réellement pour objet et si elle peut avoir pour résultat de démontrer que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père de l'enfant. Mais si les circonstances dans lesquelles elle se produit indiquent au juge que, malgré toutes les précautions de langage dont elle s'entoure, la demande ne saurait avoir pour conséquence que la révélation d'une filiation adultérine, il doit refuser de l'admettre pour ne pas violer la disposition de l'article 342 qui défend la recherche de cette filiation.

Nos arrêts confirment cette manière de voir. Ils repoussent la demande à raison des circonstances qui rendaient à peu près certaine la paternité du *de cujus*, et aussi par ce motif que les demandeurs ne justifient d'aucun intérêt puisque le legs universel les écarte de la succession et que l'adoption de l'enfant les empêche d'invoquer un intérêt moral.

Ceci indique que l'adoption et le legs ont été aussi maintenus.

L'adoption d'abord. — On produisait contre elle une argumentation à deux fins. Elle est nulle comme adoption d'enfant naturel reconnu, disait-on, si la reconnaissance est maintenue ; dans l'hypothèse contraire, elle devra être déclarée nulle comme manquant de cause.

Le premier moyen se heurtait à une jurisprudence bien établie, nous ne nous y arrêtons pas : la difficulté qu'il soulevait est bien connue.

Le second était basé en fait sur ce que le *de cujus* avait désigné l'adopté comme son enfant dans l'acte d'adoption. Il faisait naître cette question peu embarrassante du reste : quelle est la cause juridique du contrat d'adoption ? — Il faut évidemment la chercher dans un ordre d'idées analogue à celui dans lequel on trouve la cause de la donation : c'est l'intention de se constituer le bienfaiteur de l'adopté, c'est le sentiment d'affection révélé par les soins prolongés dont la loi fait une des conditions de l'adoption (art. 345). Le lien de parenté, au contraire, ne peut être

qu'un des motifs essentiellement variables de la détermination de l'adoptant et pour être énoncé dans l'acte il ne change pas de caractère.

Une considération identique répondrait au raisonnement sur lequel était fondé la demande en nullité du legs fait aux descendants de l'enfant : nous n'insistons pas et nous passons à la demande en réduction.

Elle prenait pour appui l'article 908 : l'adoption de l'enfant naturel n'aurait pas modifié ses droits héréditaires et n'aurait pas fait disparaître l'incapacité particulière de recevoir dont il était frappé et dont ses descendants légitimes étaient frappés avec lui. — L'argument suppose que l'incapacité édictée par l'article 908 contre l'enfant naturel seul atteint ses descendants non-seulement de son vivant, lorsqu'ils sont à considérer comme personnes interposées (art. 911); mais encore après sa mort; c'est un point controversé. L'esprit de la loi se trouve ici en conflit avec la règle générale de capacité posée par l'article 902; on aurait pu soutenir que cette dernière doit l'emporter, Mais il n'était pas indispensable de le faire : un motif plus direct et plus sûr devait faire rejeter la demande. Prétendre que l'adoption ne fait pas acquérir à l'enfant naturel une situation nouvelle au point de vue de la succession de son auteur et qu'elle n'efface pas la prohibition de l'article 908, c'est en effet ne pas tenir compte de l'article 350 et introduire dans la loi une distinction qu'elle n'a pas formulée. Qu'on dise que l'enfant naturel reconnu ne saurait être adopté par son père ou sa mère, cela se comprend et l'une des raisons les plus graves que l'on ait fait valoir en faveur de cette doctrine est même tirée de la nécessité de maintenir intactes les règles restrictives des droits des enfants naturels dans la succession de leurs parents; mais cette adoption une fois déclarée possible, il n'est pas permis d'en amoindrir les effets, d'autant plus que refuser à l'enfant naturel adopté, les droits héréditaires accordés aux autres enfants adoptifs serait précisément supprimer toute l'utilité que l'adoption peut avoir pour lui, les autres effets qu'elle produit d'ordinaire résultant déjà de la reconnaissance.

IV. — Le dernier arrêt dont il nous reste à rendre compte,

avant d'abandonner la matière de la filiation naturelle, l'arrêt de la Chambre des requêtes du 29 janvier 1883, contient une application du principe qui prohibe la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux.

Que ce principe rende absolument sans valeur la reconnaissance que feraient d'un enfant né de leurs relations un homme et une femme dont l'union légitime est impossible parce que l'un d'eux est engagé dans les liens du mariage, cela est certain. — Qu'il laisse au contraire subsister, aussi longtemps du moins qu'elle restera isolée, la reconnaissance que ferait un des deux parents sans désigner l'autre, c'est encore un point sur lequel tout le monde est d'accord. — Mais des hypothèses intermédiaires trouvent leur place entre ces situations extrêmes : nous n'en retiendrons que deux.

Un homme non marié reconnaît un enfant naturel en le déclarant né d'une femme mariée.

L'indication du nom de la mère est indifférente, disent certains auteurs, elle ne prouve pas la maternité : le législateur prohibe la reconnaissance de l'enfant qui est certainement adultérin, mais il ne repousse pas par cela même la reconnaissance de celui auquel on attribue seulement, à tort ou à raison, cette filiation.

L'opinion contraire l'a emporté, mais elle n'a pas été motivée d'une manière uniforme : les uns se fondent sur l'idée que la déclaration du père est indivisible, que l'indication du nom de la mère en est un des éléments constitutifs ; MM. Aubry et Rau donnent une autre raison ; l'indication du nom de la mère individualise l'enfant, et ceci les amène à modifier complètement leur solution dans une hypothèse voisine, qui est précisément celle de notre arrêt.

Une femme non mariée avait reconnu un enfant en désignant comme père un homme marié. La reconnaissance aurait dû être maintenue d'après les auteurs que nous avons cités (t. VI § 572, texte et notes 4 et 6) : en fait l'individualité de l'enfant reconnu est complètement indépendante de l'indication du père et cette indication, qui n'aurait pas dû être consignée dans l'acte ne peut légalement produire aucun effet.

Cette dernière raison précise la doctrine de nos auteurs. Elle

paraît se rattacher à une interprétation de l'art. 336 qui a trouvé faveur auprès des tribunaux, du moins en cas de reconnaissance de filiation naturelle simple; la loi aurait entendu par cette disposition donner une certaine valeur à la désignation de la mère jointe à la déclaration de paternité, tandis qu'aucun effet pareil ne saurait résulter de l'indication du père faite par la mère.

Nous préférons la solution de la Chambre des requêtes. Peu importe de qui émane la désignation de l'auteur dont la qualité rend la filiation adultérine : la déclaration est toujours indivisible; le scandale que la loi s'est proposé d'étouffer est aussi le même; la reconnaissance doit donc être frappée de nullité.

## VII.

TUTEUR. — OPPOSITION D'INTÉRÊTS. — RENONCIATION A COMMUNAUTÉ. — Cour de Paris, 2 février 1880, sous Cass. Ch. civ. 21 mars 1882<sup>1</sup>.

Le tuteur qui, à un moment quelconque de sa gestion, se trouve avoir des intérêts opposés à ceux de son pupille, ne peut plus utilement le représenter dans les actes où ces intérêts seront en question; le subrogé-tuteur est chargé dans ce cas de prendre sa place (art. 420, § 2).

L'application de cette règle très sage et dont le motif est facile à saisir est nécessairement assez fréquente dans la tutelle légale du survivant des père et mère. Des intérêts d'argent existent toujours entre conjoints; il faut les régler quand la succession de l'un d'eux est ouverte. Si l'on suppose que les père et mère du pupille étaient mariés sous le régime de la communauté, la liquidation de cette communauté engendrera l'opposition que la loi a prévue; elle sera flagrante à ce moment.

Mais on peut la constater déjà avant la liquidation.

Le mariage s'est dissous par le prédécès de la mère; c'est le père qui est tuteur légal; il semble bien que l'opposition d'intérêts résulte du seul concours de sa qualité de tuteur avec celle de chef de la communauté dissoute. Une conséquence suivrait de là. Le père ne saurait valablement provoquer la délibération du conseil de famille qui devrait autoriser la renonciation au nom

<sup>1</sup> S. 1883, 1, 301.



du pupille ; si la délibération avait eu lieu sur son initiative, elle serait irrégulière et annulable.

La Cour de Paris a été d'un avis opposé. Elle soutient que l'opposition d'intérêts qui devrait se manifester dans les règlements intervenus à la suite des résolutions du conseil de famille, n'enlève pas au tuteur son droit d'initiative quant à ces résolutions, et elle argumente des termes généraux de l'art. 461 qui confère qualité au tuteur sans excepter les cas très fréquents où il s'agirait d'une succession indivise entre le pupille et lui. — L'argument est sans valeur. La règle de l'article 420 a été posée par le législateur une fois pour toutes ; il était inutile de la rappeler à chaque instant ; les termes généraux de l'article 461 ne prouvent pas plus que ceux de bien d'autres textes que l'on pourrait citer et dont les dispositions restent toujours dominées par celle de l'art. 420 § 2. Quant à l'opposition d'intérêts, elle existait ici avant tout règlement de compte, elle résultait de ce que la communauté devait rester au père en cas de renonciation ; on alléguait même dans l'affaire qu'il avait trompé le conseil par un exposé inexact de la situation de la communauté.

Le même arrêt contient une autre solution plus exacte que celle dont nous venons de parler. Il applique la prescription décennale de l'art. 1304 à l'action en nullité ouverte contre une délibération irrégulière du conseil de famille et contre les actes faits en vertu de cette délibération. A moins de décider que la portée de l'art. 1304 est rigoureusement limitée par le mot convention employé dans le premier alinéa, cette application est parfaitement logique ; elle est conforme au sentiment général de la doctrine.

Indiquons un dernier point. Déclarés mal fondés dans leur prétention par le jugement du tribunal, les uns parce que leur action était prescrite, les autres parce que la délibération du conseil de famille était tenue pour régulière, les demandeurs avaient présenté devant la Cour un nouveau moyen. Ils avaient avancé que l'art. 462 les autorisait à accepter la communauté dans l'état où elle se trouvait. La Cour ayant confirmé le jugement sans s'expliquer sur cette nouvelle demande, a encouru la cassation de son arrêt. Il n'en est pas moins vrai que l'art. 462

ne pouvait pas être invoqué. Dès qu'une renonciation est faite par les héritiers de la femme, toute la communauté appartient au mari en quelque sorte *jure non detrescendi*, et la renonciation ne peut plus être rétractée.

## VIII.

MINEUR ÉMANCIPÉ. — CAPACITÉ. — ACHAT D'UN FONDS DE COMMERCE. — Chambre des requêtes, 21 août 1882<sup>1</sup>.

Les dispositions du Code civil sur la capacité du mineur émancipé sont loin d'avoir toute la netteté désirable. Elles procèdent ainsi. L'article 481 autorise d'abord le mineur émancipé à faire seul tous les actes qui ne sont que de pure administration; certains actes sont ensuite indiqués pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire mais suffisante; pour tous autres actes, l'observation des règles établies en matière de tutelle est prescrite; enfin arrive l'art. 484 § 2, suivant lequel le mineur a le droit de demander la réduction en cas d'excès « des obligations qu'il aurait contractées par voie d'achat ou autrement. »

La portée de cette dernière disposition est évidemment mal délimitée. A s'en tenir au texte, elle serait très large; les articles précédents donnent à penser qu'elle doit être au contraire restreinte; des difficultés ne pouvaient pas manquer de naître.

L'arrêt de la Chambre des requêtes admet implicitement qu'on pourrait réduire, par application de notre texte, l'engagement contracté par un mineur émancipé, avec la seule assistance de son curateur, sous forme d'achat à crédit d'un fonds de commerce. (Cpr. Trib. civil de la Seine; 15 mars 1883, *Le Droit* du 17 octobre 1883). On a formulé en termes généraux la thèse dont cette décision est une application, en disant que le mineur émancipé a la faculté de s'obliger; autrement toutefois que par voie d'emprunt (art. 483), mais que sa situation n'est plus sous ce rapport, comme lorsqu'il fait un acte de pure administration, entièrement assimilable à celle d'un majeur, parce que ses obligations sont réduites en cas d'excès. (Cf. Aubry et Rau, t. 1<sup>er</sup>, § 132, p. 549).

<sup>1</sup> S. 1883, 1; 113.

La nature de l'affaire qui a été portée devant la Chambre des requêtes, permettait d'introduire dans la discussion de cette manière de voir, très contestable en soi, des arguments particuliers que nous devons immédiatement indiquer.

L'opération avait été faite par une femme mineure, émancipée par son mariage, agissant conjointement et solidairement avec son mari. Les deux époux étaient mariés sous le régime de la communauté.

On a invoqué dans l'intérêt de la mineure, et pour faire prononcer la nullité de son engagement, un argument fondé sur l'art. 1431. Ce texte, disait-on, considère comme un cautionnement l'acte de la femme qui s'oblige solidairement avec son mari; le mineur émancipé, qui ne peut emprunter ni seul ni avec l'assistance de son curateur, ne peut pas à plus forte raison se porter caution; l'obligation de la femme doit donc être déclarée nulle.

L'argument devait être écarté pour deux raisons: En premier lieu, rien n'est moins établi que la prétendue présomption de l'article 1431. On a très bien démontré au contraire qu'elle n'est justifiée ni en raison ni en interprétation. (Cf. M. Colmet de Santerre, *Cours analytique*, t. VI, n° 76 bis III; Laurent, *Principes*, t. XXII, nos 95 et s.). A supposer qu'on dût l'admettre, l'arrêt de la Cour d'appel a fait justement observer qu'elle n'existerait; selon les termes mêmes de la loi, que dans les rapports des conjoints entre eux; la femme ne pouvait donc pas l'opposer à un tiers vis-à-vis duquel elle avait pris la qualité de débitrice.

A défaut de ce premier argument, un autre n'aurait pas été hors de propos. Le mineur émancipé ne peut pas faire le commerce ni même un acte de commerce isolé, sans y avoir été habilité suivant les prescriptions de l'art. 2, C. Co. Or l'achat d'un fonds de commerce est assez généralement considéré comme un acte de commerce. Ne pouvait-on pas dire qu'il était annulable, comme ayant été accompli par une femme autorisée, il est vrai, en tant que femme mariée (art. 4 C. com.), mais non habilitée comme mineure?

Ce raisonnement, s'il a été produit dans le débat, n'a pas laissé de trace, à la différence du précédent. La réfutation en a été fournie par M. Lyon-Caen, dans une intéressante dissertation que le recueil de Sirey a publiée.

Le motif principal, on peut dire le motif unique, sur lequel on s'appuie pour attribuer le caractère commercial à l'achat d'un fonds de commerce fait par une personne qui n'a pas déjà la qualité de commerçant, est que cet acte est précisément le premier de la vie commerciale de l'acheteur. Ce motif commande évidemment de s'abstenir de toute solution absolue. On ne devrait pas, par exemple, quoi qu'en ait pensé une Cour d'appel (Rouen, 25 janvier 1877 ; S. 1878, 2, 104), regarder comme un acte de commerce l'acte du père qui achète un fonds de commerce pour en faire donation à son fils. On peut dire pareillement que si la femme ne doit pas exploiter le fonds qu'elle achète avec son mari, si elle ne doit pas devenir elle-même commerçante (art. 5, C. Co.), et c'était l'espèce, son engagement n'a pas un caractère commercial et ne peut pas être déclaré nul pour inobservation des formalités habilitantes établies par la loi commerciale.

La question du procès restait donc à résoudre d'après les seules données du droit commun. Nous croyons qu'elles sont contraires à la doctrine de l'arrêt.

Quelles sont les obligations que l'art. 484, § 2, a entendu rendre réductibles ? Toutes les obligations contractées par le mineur en vertu d'un contrat commutatif, répond l'arrêt d'appel ; notre texte est essentiellement distinct des dispositions qui s'appliquent aux actes de pure administration. — Un passage de l'*Exposé des motifs* (Loché, t. VII, p. 243, n° 24 *in fine*) dit si nettement le contraire, que la réponse surprend. En réalité, l'article n'a pas voulu élargir la capacité du mineur, limitée à deux reprises, par les textes précédents, aux actes de pure administration ; il a entendu que, même dans cette mesure, elle fût soumise encore à une restriction d'un genre particulier, à l'égard des engagements qui constitueraient le mineur en dépense. Il ne deviendrait donc applicable à notre espèce qu'à la condition de considérer l'achat à crédit d'un fonds de commerce comme un acte de pure administration. Ceci est inadmissible. L'acte a trop d'importance, ses résultats sont trop aléatoires.

Cette solution écartée, on n'en conçoit plus que deux autres : ou déclarer l'acte valable, sans réduction possible des obligations qu'il engendre, comme ayant été accompli avec l'assistance du

curateur, — ou le déclarer nul comme accompli sans l'observation des règles établies pour le cas de tutelle.

Le déclarer valable est encore impossible. Les actes que le mineur émancipé peut faire, avec la seule assistance de son curateur sont énumérés limitativement par l'art. 482 duquel il faut rapprocher certains textes spéciaux. L'achat d'un fonds de commerce, pas plus qu'aucun autre achat à crédit, ne rentre ni de près ni de loin dans l'énumération. Au surplus, le mari, pris comme curateur, pouvait-il assister valablement la femme dans une opération où il était lui-même intéressé ?

Il faut donc décider que l'engagement de la femme était annulable. L'opération aurait dû être faite avec l'autorisation du conseil de famille, homologuée par le tribunal, si, avec M. Laurent (*Principes*, t. V, n° 222 *in fine*) on tient tout achat à crédit pour un emprunt indirect; tout au moins une autorisation du conseil de famille aurait-elle été nécessaire.

## IX.

ÉMANCIPATION. — RÉVOCATION. — INCONDUITE. — Tribunal de Toulouse,  
15 novembre 1882<sup>1</sup>.

La réductibilité des engagements excessifs, contractés par un mineur émancipé même dans les limites de sa capacité d'administrateur, fournit un premier moyen de remédier aux inconvénients d'une émancipation dont il ne fait pas un usage raisonnable. Grâce à elle, le mal accompli peut être réparé quelquefois; elle est aussi une menace pour les tiers et en ce sens elle constitue dans une certaine mesure un moyen préventif. Mais elle ne supprime pas tout danger; il faut à côté d'elle, un remède plus radical, le retrait de l'émancipation.

On a dit que celui-ci devrait exister seul, sauf à protéger le mineur en multipliant les cas dans lesquels l'assistance du curateur serait nécessaire. L'excès des engagements, l'inutilité des dépenses n'est pas toujours facile à apercevoir; il faudrait pour s'en rendre bien compte connaître exactement la fortune du mineur; si sagement qu'elle soit appliquée, la réduction peut nuire

<sup>1</sup> S. 1883, 2, 96.

à des tiers de bonne foi que l'on rend victimes d'une faute qui n'est pas la leur, qui a été commise par les auteurs de l'émancipation prématurée. Certaines législations étrangères sont entrées dans cette voie. Le Code italien notamment n'admet que la révocation de l'émancipation.

Le Code civil, au contraire, consacre les deux moyens; la révocation de l'émancipation est possible quand le mineur s'est mis dans le cas de faire réduire ses engagements; des dépenses excessives sont l'indice ou d'une mauvaise administration ou d'une mauvaise conduite: elles témoignent d'une incapacité ou d'une indignité qui exige que le mineur soit replacé sous l'autorité paternelle ou le pouvoir tutélaire. C'est l'explication que les auteurs de la loi ont eux-mêmes donnée.

Elle a donné lieu à une question. Un mineur peut administrer ses biens d'une manière assez sage tout en tenant la conduite la plus déplorable; convient-il de lui laisser la liberté que lui a procurée son émancipation et dont il abuse? La négative a été habilement défendue; en législation, les raisons qu'elle invoque ont une grande valeur; en droit et dans l'état actuel de la loi elles se heurtent à un motif irrésistible qui a déterminé la décision du tribunal de Toulouse: l'état et la capacité des personnes sont réglés souverainement par la loi et ne peuvent être modifiés qu'en vertu de ses dispositions; or, l'article 485 n'autorise le retrait de l'émancipation que dans le cas où le mineur aurait contracté des engagements reconnus excessifs.

## X.

NOMINATION DE CONSEIL JUDICIAIRE. — EFFET. — PUBLICITÉ. — Cour de Poitiers,  
15 mars 1882<sup>1</sup>.

Il est très important pour les tiers de connaître les faits juridiques qui modifient l'état ou la capacité des personnes avec lesquelles ils peuvent être appelés à contracter, et le législateur a le devoir d'en assurer la publicité. Il existe, à ce point de vue, plus d'une lacune dans notre Code<sup>2</sup>; il ne soumet pas à la publi-

<sup>1</sup> S. 1883, 2. 108.

<sup>2</sup> L'avant-projet de révision du Code civil, préparé par M. Laurent, contient sur ce point, une série de dispositions intéressantes (t. 2, p. 358 et suiv.)

cité tous les actes intéressant l'état ou la capacité ; dans les cas où il l'établit, ses procédés varient et n'ont pas tous une efficacité égale.

Quoi qu'il en soit, la dation d'un conseil judiciaire est un des faits dont la publicité a été organisée ; la décision judiciaire portant nomination d'un conseil doit être affichée dans les dix jours, suivant la forme réglée par l'art. 501.

La mesure est ici particulièrement utile ; car s'il est vrai que l'incapacité du prodigue et du faible d'esprit dérive d'un fait naturel, elle n'en a pas moins quelque chose d'arbitraire, et sa cause elle-même n'est pas toujours très apparente ni facilement perceptible.

Est-ce à dire que cette incapacité soit subordonnée à la publicité du jugement ou de l'arrêt qui nomme le conseil ?

Non, répond la Cour de Poitiers. — Le prodigué ou le faible d'esprit ne doit pas être victime de la négligence d'un officier ministériel ou du parent qui a provoqué la nomination du conseil. Le silence de l'art. 501 montrerait à lui seul que la loi ne l'a pas voulu.

Mais il y a une preuve plus convaincante. L'art. 502 dispose, en termes absolus et sans distinction aucune, que la nomination du conseil a son effet du jour du jugement. Par conséquent, si un acte de l'espèce de ceux que prévoit l'art. 513 a été accompli par le prodigué immédiatement après le jugement, sans assistance de son conseil, il est certain que la nullité sera de droit au cas où le jugement serait rendu public dans les dix jours ; les partisans de la thèse contraire à celle de notre arrêt sont obligés d'en convenir. Pourtant le tiers qui a traité avec le prodigue ne connaissait pas plus le jugement que s'il n'avait reçu aucune publicité. Pourquoi le même acte deviendrait-il inattaquable, pourquoi protégerait-on le tiers et non plus le prodigue par cela seul que la formalité d'affichage n'aurait pas été remplie ? Un texte formel serait nécessaire pour nous faire accepter ce résultat.

Concluons que la disposition de l'art. 501 n'a pas été édictée principalement dans l'intérêt des tiers ; si tant est que l'absence

Comp. le tit. XI liv. 1<sup>er</sup> du Code civil Italien qui institue des registres des tutelles et curatelles ; Voy. aussi Lehr, *Droit civil Espagnol*, n<sup>o</sup> 42.

de publicité les ait trompés sur la situation exacte du prodigue, ils exerceront une action en dommages-intérêts contre ceux dont la faute leur aura été préjudiciable : l'art. 18 de la loi du 25 ventôse an XI fait une application de cette idée.

La doctrine que nous venons d'exposer s'accrédite de plus en plus. Ajoutons qu'il y aurait contradiction de la part de la jurisprudence à ne pas s'y rallier d'une façon définitive, lorsqu'elle relève le prodigue des engagements qu'il a souscrits pendant l'instance en nomination de conseil <sup>1</sup>. Annuler de tels actes par la raison qu'il n'est pas permis à un tiers de connivence plus ou moins avouée avec le prodigue de déjouer les précautions de la famille, et subordonner l'incapacité du prodigue à la publicité du jugement, ce sont deux solutions qui ne sauraient aller ensemble.

## XI.

CONSEIL JUDICIAIRE. — MISE EN CAUSE. — APPEL. — Cour de Lyon,  
9 mai 1882<sup>2</sup>.

Le législateur a caractérisé d'un mot le genre de protection qu'il veut assurer au prodigue ou au faible d'esprit par la dation d'un conseil judiciaire. Le rôle de ce conseil ne consiste pas à donner simplement une autorisation; il ne consiste pas davantage à remplacer l'incapable dans les actes qui l'intéressent, à le représenter comme ferait un tuteur; le conseil judiciaire prête son assistance.

L'expression implique une participation, un concours continué jusqu'à l'achèvement de l'acte. Il en résulte, et cela n'est contesté par personne, que dans les instances en justice (art. 499 et 513) le conseil doit procéder conjointement avec le prodigue ou être mis en cause avec lui. — Le Conseil devient-il ainsi partie au procès? A-t-il le droit de présenter la défense du prodigue même contre le gré de celui-ci et de faire valoir les causes de nullité opposables à l'action du demandeur? Lui est-il permis de se pourvoir par voie d'appel quoique le prodigue n'use pas lui-même de ce droit?

<sup>1</sup> Voy. les observations de M. Labbé, *Revue critique*, 1883, p. 490.

<sup>2</sup> D. 1883, 2, 21.



La dernière de ces questions était celle du procès porté devant la Cour de Lyon. Tout en déclarant qu'il convient en pareil cas de ne pas statuer sur le fond du litige avant que le prodigue n'ait été mis en cause, puisque la condamnation doit intervenir à son profit ou contre lui, la Cour a reconnu au conseil le droit d'interjeter appel de son propre chef.

Les recueils contiennent plus d'une décision conçue dans le même sens. On a admis, par exemple, le conseil judiciaire à former opposition à un jugement par défaut rendu contre le prodigue. L'analogie est évidente. (Cass. civ. 27 décembre 1843; S. 1844, 1, 348).

Mais des auteurs critiquent cette jurisprudence. On lui reproche de créer un système de protection différent de celui que le Code a entendu organiser; où le prodigue n'agit pas et ne veut pas agir on ne saurait parler d'assistance, c'est initiative qu'il faudrait dire, et la loi ne l'accorde pas au conseil. (Voy. surtout M. Laurent, *Principes*, t. V, n° 353).

Contre cette interprétation rigoureuse, notre arrêt n'invoque qu'une considération, et nous avouons qu'elle nous touche. Une entente a pu avoir lieu entre le prodigue et son adversaire : est-il admissible qu'elle paralyse les effets de l'institution du conseil? N'est-il pas plus rationnel, plus conforme aussi au but de la loi, qu'une fois mis en cause le conseil ait le droit de discuter la demande, et, s'il le faut, d'en déférer l'examen aux juges du dernier degré de juridiction?

Le même motif est énoncé dans l'arrêt de la Chambre des requêtes du 29 juin 1881, qui a été analysé l'année dernière (*Rev. Crit.* 1883, p. 490) par un éminent collaborateur de cette Revue, et qui autorise le conseil à intenter lui-même l'action en nullité contre un acte de prodigue.

Ce point, toutefois, a paru particulièrement contestable. M. Demolombe (t. VIII, nos 763 et 764) et MM. Aubry et Rau (t. 1, § 139, texte et notes 4 et 6) qui enseignent, sur le droit d'appel, la doctrine consacrée par l'arrêt de Lyon, n'admettent pas que le conseil ait qualité pour introduire une action.

La distinction ainsi faite repose sans doute sur l'idée que l'appel n'est qu'une continuation de la défense et que le conseil mis

en cause a qualité pour prendre des conclusions et invoquer tous moyens de défense dans l'intérêt du prodigue ; mais cette concession n'est-elle pas dangereuse pour la doctrine de nos auteurs ? Nous n'avons qu'à renvoyer sur ce point aux intéressantes observations précitées.

## XII.

ALIÉNÉ. — ADMINISTRATEUR PROVISOIRE. — HYPOTHÈQUE. — COMPTE DE GESTION.

— Chambre des requêtes, 23 mai 1882<sup>1</sup>.

Les faits du procès dans lequel a été rendu l'arrêt de la Chambre des requêtes sont assez singuliers et font naître une question que les auteurs n'ont pas prévue.

Un père de famille atteint d'aliénation mentale avait été placé dans un établissement d'aliénés. Son fils, investi des fonctions d'administrateur provisoire, en exécution de l'article 32 de la loi du 30 juin 1838, avait, en cette qualité, mais de ses deniers personnels, payé des dettes et fait sur les biens qu'il gérait d'importantes dépenses d'amélioration. Voulant se procurer de l'argent pour lui-même, il réunit un conseil de famille, présente un compte de gestion, et fait reconnaître qu'il se solde par un reliquat en sa faveur ; il demande ensuite au conseil de l'autoriser, ce qui était pour le moins inutile, à céder sa créance, et de décider que le cessionnaire recevra hypothèque sur les biens de l'aliéné : le conseil désigne un de ses membres pour recevoir la signification de la cession et consentir l'hypothèque, et sa délibération est homologuée par le tribunal.

L'hypothèque constituée dans ces conditions a été déclarée nulle, et ce résultat était inévitable.

On avait procédé en effet, comme si l'interdiction avait été prononcée et en suivant la marche indiquée par l'article 457, à cela près que l'hypothèque avait été constituée bien plus pour l'avantage de l'administrateur que pour celui de l'aliéné. Nous n'insistons pas toutefois sur cette dernière remarque parce qu'il suffit, croyons-nous, que la délibération prise et homologuée dans les termes de l'art. 457 exprime qu'il y a avantage pour que l'acte accompli en exécution de cette délibération ne puisse pas

<sup>1</sup> S. 1883, 1, 97.

être critiqué sous ce rapport ; mais la loi de 1838 avait été méconnue de la façon la plus certaine.

Elle ne donne pas mission au conseil de famille pour concourir à la gestion du patrimoine de l'aliéné ; elle ne connaît pas d'autres pouvoirs que ceux qu'elle a spécialement organisés ; la réunion du conseil, provoquée d'ailleurs par l'administrateur dans un cas où ses intérêts étaient opposés à ceux de l'aliéné, la nomination d'un tuteur *ad hoc* étaient illégales. Quant à la constitution de l'hypothèque, on peut se demander si elle était possible par quelque moyen que ce fût, car l'esprit de la loi de 1838 est qu'on recoure à l'interdiction si la situation se prolonge, si des actes graves deviennent nécessaires ; en tout cas, elle n'aurait pu avoir lieu qu'en vertu d'un pouvoir spécial donné par le tribunal à l'administrateur, peut-être dans la circonstance à un administrateur *ad hoc*, mais le jugement qui avait homologué la délibération du conseil de famille ne remplaçait pas cette décision directe et ne donnait pas qualité au délégué du conseil. « La théorie des équivalents, dit à ce sujet M. Labbé (Sirey, *loc. cit.*), est fort dangereuse. Il est utile que chaque corps délibérant connaisse bien nettement sa compétence, ses attributions, et donne en conséquence à l'acte émanant de lui un caractère non équivoque. »

L'une des raisons que nous venons de développer implique que la liquidation de la créance de l'administrateur avait été faite aussi par un procédé arbitraire ; le conseil de famille était sans mandat. Qu'aurait-il fallu faire ? La question a été posée par M. Labbé dans la dissertation précitée ; elle est extrêmement délicate.

En principe l'administrateur des biens d'un incapable n'a pas à rendre de comptes avant l'expiration de ses fonctions ; on ne peut pas en exiger de lui et il n'a pas le droit d'en offrir. L'article 469 établit cette règle pour le tuteur et nous n'apercevons aucune raison de ne pas l'appliquer à l'administrateur provisoire des biens d'un aliéné, qui remplit des fonctions d'une durée très limitée puisqu'elles cessent de plein droit après un délai de trois ans si elles n'ont pas pris fin plus tôt par suite de la guérison ou de l'interdiction de l'aliéné (L. du 30 juin 1838, art. 37).

Cependant on n'admettrait pas volontiers que s'il avait fait des

avances et n'avait pas pu faute de recouvrements de fonds se payer lui-même, l'administrateur fût dans la nécessité absolue d'attendre l'époque de la reddition de son compte pour faire au moins constater ses droits en vue d'une liquidation possible du patrimoine de l'aliéné ; il y a là une question d'équité.

Le conseil de famille ne pouvant intervenir comme il aurait la faculté de le faire en cas de tutelle (Arg. art. 470), on n'aperçoit pas d'autre voie ouverte à l'administrateur provisoire qu'un recours à la justice, par la voie contentieuse. M. Labbé ne l'admet pas sans hésitation. M. Demolombe examinant une question qui n'est pas sans présenter quelques points de contact avec la nôtre, exprime l'avis que le reliquat soit actif, soit passif du compte du tuteur « ne s'applique régulièrement qu'à ce qu'il a reçu des tiers ou payé aux tiers avec les fonds du mineur. » (T. VIII, § 49). Cette proposition, si elle est exacte, permettrait d'arriver plus facilement à la solution indiquée : les avances qu'il aurait faites n'étant pas rigoureusement un des éléments de son compte, l'administrateur aurait toujours le droit d'en demander la constatation et même d'en poursuivre le recouvrement.

CH. MASSIGLI.

---

### QU'EST-CE QUE LE BILLET DE BANQUE ?

Par M. A. BATBIE, sénateur, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Qu'est-ce que le billet de banque et en quoi consiste le privilège d'émission, en général, et celui de la Banque de France en particulier ? Il n'a jamais été fait à cette question une réponse précise et tout-à-fait satisfaisante. La définition qui est généralement adoptée consiste à dire que c'est un billet au porteur et payable à vue, d'où la conclusion, si la définition est complète, que la banque privilégiée peut seule émettre des billets au porteur et payables à vue. Dans leur *Précis de droit commercial*, MM. Lyon-Caen et Renault s'expriment en ces termes, au n° 1382 : « En recevant les dépôts, les banquiers n'obtiennent souvent que des capitaux assez limités qui leur sont remis à des conditions onéreuses. Aussi ont-ils recours à un moyen d'em-

prunt plus commode et moins coûteux ; ils émettent des billets au porteur et à vue contenant promesse de payer une somme d'argent et les remettent à ceux dont ils escomptent les effets de commerce ou auxquels ils font des avances. Ces billets, connus sous le nom de *billets de banque*, circulent comme de l'argent monnayé, car ils sont en principe convertibles en argent à tout instant. Ils diminuent la quantité du numéraire nécessaire et offrent, à raison de leur petit volume et de leur poids léger, de grandes commodités pour les paiements ; ils constituent une monnaie de papier. » Plus loin, au n° 1402, MM. Lyon-Caen et Renault ajoutent : « En France, le droit d'émettre des billets de banque, c'est-à-dire *des billets payables au porteur et à vue*, est réservé à la Banque de France qui se trouve ainsi jouir à cet égard d'un monopole. »

Cette synonymie du billet de banque avec le billet payable au porteur et à vue est-elle admise par les économistes, d'accord cette fois avec les juriconsultes ?

La plupart des économistes qui ont écrit sur la matière des banques s'en tiennent à la définition ordinaire et répètent uniformément, avec une parfaite sécurité, la réponse des juristes. Chez un seul nous avons rencontré quelque inquiétude, et cette exception a d'autant plus d'importance qu'elle vient de M. Coquelin, l'auteur d'un livre remarquable sur la liberté des banques, l'écrivain qui a parlé de ces questions avec le plus de clarté. Dans le DICTIONNAIRE D'ÉCONOMIE POLITIQUE, v° *billets de banque*, après avoir dit que c'était un billet au porteur et payable à vue il ajoute : « On a cependant quelquefois contesté ces données en prétendant qu'il y avait ou devait y avoir quelque chose de plus dans le billet de banque. Telle est notamment l'opinion exprimée par un homme distingué, M. Émile Vincent, ancien conseiller d'État, dans un écrit publié en 1837 sur les *sociétés par actions et les banques*. « Non, dit M. Vincent, il ne suffit pas qu'un billet soit payable au porteur et à vue, pour être, dans le vrai sens du mot, un *billet de banque*. S'il était émis, par exemple, par une maison particulière, il ne mériterait pas un pareil titre. » M. Coquelin, en citant le passage de M. Émile Vincent, reconnaît qu'il y a *quelque chose de fondé*, dans cette

observation ; mais il ne dit pas en quoi la réserve lui paraît être juste ; il ne dit pas s'il approuve le refus que fait M. Vincent de reconnaître pour billet de banque, le billet au porteur et à vue qu'aurait émis une maison particulière. M. Coquelin ne pouvait pas, en effet, adopter une définition qui aurait fait dépendre la nature] du billet de la position du banquier signataire ; car des *maisons particulières*, pour employer l'expression de M. Vincent, sont souvent plus puissantes que des compagnies faisant des opérations de banque. En ne critiquant pas l'opinion de M. Vincent, M. Coquelin a été retenu probablement par le sentiment de sa propre indécision sur la question. Voici, en effet, tout ce que Coquelin a pu trouver pour caractériser le billet de banque dans un autre article du même dictionnaire, v° *Banque*. « Le billet, dit-il, ayant sur les autres l'immense avantage d'être payable à volonté, égale par là en valeur un effet ordinaire qui serait arrivé à son jour d'échéance, c'est-à-dire qu'il vaut de l'argent comptant. Cette valeur que l'effet ordinaire possède une seule fois, un seul jour, au terme de sa circulation, le billet de banque la possède dès sa création et dans tous les temps, propriété remarquable et bien précieuse, mais sur la nature de laquelle il ne faut pas se méprendre en s'autorisant de cela, comme on ne le fait que trop souvent, pour attribuer au billet de banque le caractère de la monnaie. En bonne raison, on ne doit y voir que le caractère du billet échu, caractère rendu permanent et en quelque sorte fixé dans le titre. Mais de cela même que ce caractère est permanent, le billet de banque peut toujours, quoique échu, ou rester entre les mains du porteur, ou circuler de nouveau pour effectuer des paiements ou transports d'argent. C'est ainsi qu'à la valeur d'un billet échu il joint tous les avantages d'un billet en cours d'émission. »

De cette définition, subtile ou au moins un peu embarrassée, il résulte que pour Coquelin, le billet de banque a les caractères suivants : 1° c'est un billet payable au porteur et à vue ; 2° c'est un billet toujours échu qu'on peut ou garder ou céder ; 3° il fait office de monnaie en servant aux paiements ; 4° cependant ce n'est pas de la monnaie ; mais simplement une promesse de payer.

Si le billet de banque n'est qu'un billet ordinaire au porteur et à vue, s'il n'y a pas quelque chose de plus, comme le pressentait M. Emile Vincent sans pouvoir dégager l'inconnu, comme le croit aussi Coquelin sans y mieux réussir, nous demandons en quoi consiste le privilège d'émission? Est-ce le droit exclusif de faire des billets au porteur et à vue? Cette faculté est-elle refusée aux banquiers, aux simples particuliers?

La loi du 24 germinal an XI laisse la question indécise, et nomme le billet de banque sans le définir. Car l'article 1<sup>er</sup> se borne à dire que « l'association formée à Paris sous le nom de Banque de France, aura le privilège exclusif d'émettre des *billets de banque*, aux conditions énoncées dans la présente loi. » — Il est vrai que la loi du 22 avril 1806 semble avoir voulu préciser ces notions. L'art. 17 qui détermine les attributions du conseil général de la Banque n'emploie plus cette expression dont sans doute le vague avait été reconnu : « Le conseil général, dit l'art. 17, continuera à surveiller toutes les parties de l'établissement... à statuer sur la création et l'émission des *billets payables au porteur et à vue*; à statuer pareillement sur le retraitement et l'annulation, à régler la forme de ces billets et déterminer les signatures dont ils devront être revêtus. » — Mais qu'y a-t-il à conclure de ce texte? Il est incontestable que les billets de banque sont des billets payables au porteur et à vue; mais ne sont-ils que cela? Est-il vrai réciproquement de dire que tout billet au porteur et à vue est un billet de banque? Cette forme énonciative suffit-elle pour enlever aux particuliers le droit d'émettre des billets au porteur et à vue?

Quant aux billets au porteur, la jurisprudence est bien établie en ce sens que la faculté d'en émettre n'est refusée à personne. Le Code de commerce a gardé le silence sur cette espèce de titre, et une loi du 8 novembre 1792, art. 22, avait « interdit aux corps administratifs et municipaux ainsi qu'aux particuliers ou compagnies de souscrire et d'émettre aucun effet au porteur, sous quelque titre ou dénomination que ce soit, sous peine, par les contrevenants, d'être poursuivis et punis comme faux monnayeurs. » Malgré le silence du Code et malgré l'interdiction de la loi de 1792, la Cour de cassation et la plupart des Cours ont décidé que toute personne avait le

droit de faire un billet au porteur. Cette Jurisprudence se fonde sur la loi du 25 thermidor an III (12 août 1795) : « La Convention nationale décrète que dans la prohibition portée par l'art. 22 de la loi du 8 novembre 1792, de souscrire ou mettre en circulation des effets ou billets au porteur n'est pas comprise la défense de les émettre lorsqu'ils n'ont point pour objet de *remplacer ou de suppléer la monnaie*. — En conséquence, il est permis de souscrire et de mettre en circulation de gré à gré, comme par le passé, les dits effets ou billets au porteur sans autre condition que de payer les droits de timbre et d'enregistrement conformément aux lois qui les ont établis. »

La loi de 1792 n'avait pas eu d'autre but que défendre les assignats contre la concurrence des billets à vue et au porteur qui seront émis pour en tenir lieu, et c'est pour cela qu'elle punissait cette émission de la peine applicable aux faux-monnayeurs. Trois ans après, la prohibition fut limitée aux billets au porteur qui *seraient émis pour suppléer ou remplacer la monnaie* (les assignats).

La loi de l'an III n'ayant jamais été abrogée, la jurisprudence l'a considérée comme étant toujours en vigueur et, depuis longtemps déjà, le billet au porteur est tenu pour valable, si bien qu'il ne s'élève pas de contestation sur ce point <sup>1</sup>.

Dans un article publié dans l'*Encyclopédie du droit*, M. Gautier, sous-gouverneur de la Banque, après avoir reconnu que le billet au porteur, est valable, même quand il est émis par un simple particulier, ajoute cette observation : « On voit circuler des billets au porteur, mais ils jouissent de peu de confiance dans le commerce. On sait qu'ils émanent le plus ordinairement de débiteurs obérés et réduits à se créer des ressources à tout prix <sup>2</sup>. » Cette observation ne saurait avoir une valeur sérieuse, surtout si son auteur a entendu lui donner un caractère général.

<sup>1</sup> Cass. 10 novembre 1829 (Sirey, 1830, I, 34). — Nîmes, 25 mars 1830 (Sirey, 1831, 2, 344). — Nancy, 20 décembre 1873 (D. P. 1875, II, 6). — Lyon, 2 mars 1876 (D. P. 1878, II, 142). — Angers, 15 mars 1880 (D. P. 1881, I, 67); cass. req. 20 juillet 1881 (D. P. 1882, I, 111) et cass. req. 16 août 1881 (D. P. 1882, I, 477).

<sup>2</sup> *Encyclopédie du droit*, v° Banque (article de M. Gautier, n° 3).



Le billet au porteur, comme tous les billets, vaudra ce que vaut la signature du souscripteur. En tout cas, la question n'est pas de savoir qui fera usage du billet au porteur, mais qui aura le droit d'en émettre. Or, il est reconnu que cette faculté n'est refusée à personne <sup>1</sup>.

Mais le billet au porteur pourra-t-il aussi être payable à vue ? Le Code de commerce permet à toute personne de faire des lettres de change et des billets à ordre payables à vue (art. 129 et 187 du Code de comm.). Si un billet à ordre peut être payable à vue, pourquoi en serait-il autrement d'un billet au porteur ? Toutes les créances, commerciales ou civiles, peuvent être stipulées payables à volonté, à terme ou sans terme. Pourquoi le billet au porteur qui n'est qu'un titre de créance ferait-il exception ? L'objection consiste à dire que, si le billet au porteur est, en même temps, à vue, il fera concurrence à la Banque de France. Le billet de banque est toujours échu, aussitôt après la création, et c'est pour cela qu'il est payable à vue, mais le privilège de la Banque serait atteint si le premier venu pouvait, comme elle, émettre des billets au porteur et à vue, si, au lieu d'en émettre un ou quelques-uns, par exception, il fondait sur cette émission des opérations étendues.

Il nous reste à démontrer que le billet au porteur et à vue diffère

<sup>1</sup> - Aucune forme n'ayant été indiquée par le Code de commerce, celle du billet au porteur se trouve encore régie par la loi de 1721. C'est ce qui a fait décider que, conformément à ses dispositions, le billet au porteur doit faire mention de la manière dont la valeur a été fournie, si c'est en argent, en marchandises, en compte ou de toute autre manière. Cette doctrine était également admise sous l'empire de l'ordonnance, et c'est ce que Savary et Jousse enseignaient formellement. Mais ces jurisconsultes ajoutaient que, sous la même peine de nullité, le billet au porteur devait indiquer le nom de celui qui en avait fourni la valeur. Mais il est fort difficile d'assigner à cette opinion un fondement législatif. Cependant et puisqu'il s'agit de nullité, il faudrait en puiser le fondement dans la loi elle-même. Or, la déclaration de 1721 est muette sur ce point.

\* A quoi bon d'ailleurs l'indication du donneur de fonds ? Est-ce qu'il ne reste pas étranger à la négociation ? Quel qu'il soit, ce n'est pas envers lui que le débiteur prend l'obligation de rembourser. L'indication de son nom serait donc, dans tous les cas, fort indifférente. — Bédarrides, *Droit commercial*, t. VII, p. 325.

du billet de banque et que le privilège d'émission n'est pas un obstacle à la faculté de souscrire des billets au porteur et à vue. Certainement une disposition formelle pourrait interdire, comme l'ont fait quelques lois à l'étranger, l'émission par les particuliers de billets au porteur et à vue; mais le privilège d'émettre des *billets de banque* n'emporte pas cette défense parce que les deux titres ne sont pas essentiellement identiques.

Le billet de banque n'est autre chose qu'un effet payable à vue et au porteur. Ce qui le distingue, c'est qu'il a une valeur absolue, qu'au lieu d'être seulement un titre de créance, il est une propriété mobilière comme le serait une pièce de monnaie. Ainsi il ne se prescrit pas, ni par cinq, ni par trente ans. Alors même qu'il aurait dormi oublié dans un secrétaire depuis plus de trente ans, il vaudrait, suivant sa valeur nominale, autant que le premier jour.

Le caractère du billet de banque peut s'expliquer historiquement. A l'origine, les banques recevaient des dépôts, en s'engageant à rendre *identiquement* les espèces déposées. Les billets qu'elles délivraient aux déposants étaient de véritables *titres de propriété*. Lorsque les banques, substituant le dépôt imparfait au dépôt parfait, s'engagèrent seulement à rendre l'*équivalent* au lieu de l'*identique*, le billet conserva son caractère primitif parce qu'il était remboursable à volonté et qu'à son paiement était affectée une partie de l'encaisse. Cette assimilation n'était pas exacte, car le billet n'était plus un titre de propriété dès que le dépositaire n'était plus tenu de rendre l'*identique*. Mais la pratique, pour augmenter le crédit du billet de banque, transporta au dépôt imparfait ce qui, à la rigueur, n'était vrai que dans le cas de dépôt parfait.

Le billet de banque est donc une monnaie<sup>1</sup> de papier et c'est parce qu'il a ce caractère que l'État peut concéder le privilège d'émission; il se rattache par ce côté au droit régalien du monnayage. Si ce n'était qu'un billet payable à vue et au porteur, la preuve d'un engagement, un titre prescriptible et soumis à toutes les causes d'extinction des obligations, la liberté de le faire cir-

<sup>1</sup> On a souvent dit que le billet de banque est une monnaie de papier; mais les économistes qui l'ont dit n'ont pas expliqué la différence qui existe entre la monnaie et le titre de créance.

culer serait la conséquence naturelle de cette définition. Mais pour créer un substituant de la monnaie, un titre imprescriptible, doué d'une valeur absolue, il faut en tenir le droit de l'autorité à laquelle appartient le règlement de l'instrument des échanges.

Est-ce à dire qu'une banque concurrente pourrait émettre des billets payables à vue et au porteur en se fondant sur ce motif que ces billets prescriptibles ne sont pas de véritables billets de banque ? La différence juridique qui résulte de l'analyse précédente suffirait-elle pour faire admettre les conséquences pratiques de cette compétition ? Nous sommes loin de le croire.

Évidemment la Banque de France ne s'inquiéterait pas d'un titre de cette espèce s'il était isolé ; mais si l'émission se faisait sur une grande échelle, elle jugerait avec raison que par ce moyen détourné son privilège pourrait être atteint. Certainement elle demanderait et obtiendrait le monopole en termes plus explicites et la défense expresse aux particuliers de faire des billets payables à vue et au porteur. Nous ne pensons pas que l'analyse que nous avons faite pour établir la différence entre le billet de banque et le billet payable à vue et au porteur pût tenir en échec le privilège de la banque de France : qui veut la fin veut les moyens, et si le moyen était nécessaire, on expliquerait dans une loi spéciale que le privilège d'émettre des billets de banque emporte l'interdiction d'émettre des billets payables à vue et au porteur. Aussi avons-nous cherché à bien établir ce qu'est le billet de banque, non pour combattre la situation de ce grand établissement, mais pour déterminer ce qui explique l'intervention de l'Etat en matière de banque d'émission dans les pays où la liberté n'existe pas.

En effet la concession du gouvernement n'est pas nécessaire pour autoriser l'émission d'un billet à vue et au porteur, si c'est un simple titre de créance soumis à la prescription après un certain temps à partir de sa date. C'est le droit commun pour tous ; il existe, sans concession, et il faut, au contraire, une disposition restrictive formelle pour être privé de la faculté de l'émettre. Une concession expresse est, au contraire, indispensable pour l'émission d'un titre imprescriptible et ayant plus que la valeur rela-

tive d'une promesse de payer, ayant la valeur absolue d'un titre *ergà omnes*.

D'autres moyens ont été imaginés pour tourner le privilège de la Banque. Le plus ingénieux, indiqué par M. de Girardin, consistait à mettre en circulation les billets à trois jours de vue et rapportant, par jour, un centime d'intérêt, ou 3 fr. 60 par an. L'échéance était si courte qu'en réalité et pratiquement le billet était payable à vue. Quant à l'intérêt, M. de Girardin avait pensé qu'on préférerait le billet à intérêt au billet de banque improductif. Un grand établissement financier essaya de mettre en pratique l'idée de M. de Girardin, mais la tentative ne réussit pas et l'entreprise fut abandonnée après un temps très court. Ce qui paraissait à M. de Girardin être une cause d'attraction rendait le titre incommode et incapable de faire l'office de monnaie. Celui qui aurait pris en paiement le titre à intérêt, aurait dû prendre à son compte les intérêts échus au jour du paiement, sauf à les recouvrer sur le créancier auquel il le passerait lui-même. Celui qui l'aurait reçu le 31 décembre aurait dû précompter 3 fr. 60 pour un billet de cent francs, et le lendemain, aller au guichet de la Banque pour régler son compte. En cela il est vrai que le billet à intérêt différait de la monnaie, mais c'est pour cela aussi qu'il ne pouvait pas en remplir le rôle. Le billet de banque est une valeur fixe ; comme la pièce de monnaie, il est stérile ; il n'augmente pas et ne vaut que sa valeur nominale. Un titre qui varie pourrait servir entre gens d'affaires, mais il serait incommode comme instrument d'échange entre toutes parties, les uns étant incapables de faire les calculs, les autres étant trop éloignées pour faire régler leur compte à l'établissement d'où partent les titres.

Ce qui fait que chez nous particulièrement, le billet de banque a le caractère de monnaie, c'est qu'il a le cours légal, c'est-à-dire la force libératoire. Si un créancier refusait de le recevoir, le débiteur pourrait lui faire des offres réelles en billets de banque, et, les offres étant valables, serait libéré comme s'il eût offert et consigné la somme due en espèces métalliques. C'est ce qu'on exprime en disant que le billet n'a plus cours forcé, mais qu'il a cours légal. Les mots *cours forcé* sont réservés pour l'obli-

gation de recevoir en paiement les billets non convertibles en espèces à vue. Les mots *cours légal* expriment l'obligation de recevoir les billets remboursables. La loi qui a supprimé le cours forcé a maintenu le cours légal. Le billet ayant circulé sans dépréciation quand il n'était pas payable à vue, on a pensé qu'on pouvait lui conserver le cours obligatoire en reprenant les paiements en espèces. Cette mesure adoptée *utilitatis causa* prouve combien il est difficile de faire respecter les principes. Il résulte en effet de cette pratique que le billet de banque chez nous a toujours cours obligatoire. Qu'il soit ou non convertible en espèces, le créancier est toujours forcé de le recevoir. Comment concilier ces dispositions avec ce principe que le billet vaut ce que vaut la confiance inspirée par la Banque ? La confiance n'est-elle donc pas individuelle et personnelle ? Celui qui refuse un billet de banque remboursable à vue serait cependant fondé, sans paraître déraisonnable, à dire au débiteur quand il l'oblige à recevoir ce paiement : « Puisqu'il est si facile avec ce billet de se procurer des espèces, la même facilité doit exister pour vous autant que pour moi. Il suffit, j'en conviens, d'aller au guichet de la succursale la plus voisine ; mais que n'y passez-vous vous-même ? je ne pourrai pas de quelque temps faire ce voyage, et, en attendant, j'aurai pour mes affaires besoin de monnaie métallique. Les billets ne peuvent pas me rendre le même office, et puisque vous pouvez aussi aisément que moi faire la course, allez d'abord convertir ce papier en espèces. S'il y avait défiance de ma part, vous ne pourriez pas me contester le droit de me tromper, chacun étant le maître d'accorder ou de refuser sa confiance ; mais sans aller jusque-là, je me borne à dire que j'aurais besoin, pour mes affaires, de me procurer du numéraire et puisque vous êtes mon débiteur, c'est à tort que la loi vous dispense de me délivrer des espèces que vous pourriez si facilement vous procurer en présentant vos billets au remboursement. »

J'étais membre de la commission des finances qui prépara le projet de loi sur la reprise des paiements en espèces <sup>1</sup>, et j'y formulai en ces termes mon objection contre le cours légal.

<sup>1</sup> Loi du 3 août 1875, art. 28, qui abroge seulement l'art. 2 de la loi du 12 août 1870.

« Autant vaudrait faire un article de loi ainsi conçu : le billet de banque aura toujours cours obligatoire ; ce cours obligatoire s'appellera *cours forcé* quand le billet ne sera pas payable en espèces, et *cours légal* quand il sera remboursable à vue. » M. Wolowski qui fut le rapporteur du projet donna, sans le prouver, l'assurance que les principes n'étaient nullement atteints par le maintien du cours légal ; la commission le crut sur parole et ne s'arrêta pas à mon objection. Le cours forcé avait fait connaître le billet et l'avait introduit partout, dans les plus petits marchés. On voulut conserver à ce titre ce caractère obligatoire qui en avait fait la monnaie la plus commode. On le fit *utilitatis causa* ; mais il est impossible de ne pas voir que par des raisons pratiques on s'écarta des principes les plus hautement affirmés par les économistes. A. BATBIE.

## DES DONN OU LEGS FAITS A DES SUCCESSIBLES

### EN CAS DE RÉSERVE LÉGALE

Par Léopold TRÉZARD, doyen de la Faculté de droit de Poitiers

#### I.

1. — La personne qui meurt en laissant des héritiers à réserve peut avoir fait des libéralités à l'un ou à plusieurs de ces héritiers, ou même à tous, soit en avancement d'hoirie, soit par préciput et hors part. — La libéralité peut être directe ou indirecte. — Enfin, le successible à réserve, bénéficiaire ou non d'une libéralité ; peut accepter la succession ou y renoncer.

De cette variété de circonstances résulte, soit à l'égard des successibles, soit à l'égard des tiers qui sont aussi donataires ou légataires, un grand nombre de questions sur lesquelles la jurisprudence et la doctrine ont donné des solutions fort diverses.

Avant d'aborder l'examen de ces controverses, il n'est pas inutile de rappeler les précédents directs de notre législation sur la condition des héritiers à réserve.

2. *Ancien droit français.* — Dans l'ancien droit français, plusieurs institutions différentes faisaient obstacle à la liberté absolue de disposer. Les unes constituaient un empêchement au droit de disposition à l'égard de toutes personnes : c'étaient la légitime et les réserves coutumières. D'autres visaient spéciale-

ment les libéralités qui auraient été faites au profit d'un héritier présomptif au détriment des autres. La légitime et les réserves coutumières elles-mêmes étaient différentes :

1° La *légitime*, empruntée au droit romain, était admise en faveur des enfants ou descendants et des ascendants; elle était fixée en général à la quotité établie par Justinien (c'est-à-dire en ligne descendante à un tiers des biens s'il y avait quatre enfants ou moins, à la moitié, s'il y en avait cinq ou davantage); il y avait lieu à la réduction de toutes les libéralités qui portaient atteinte à cette légitime, suivant des règles qui furent perfectionnées par la pratique.

2° Les *réserves coutumières*, institution propre à notre ancien droit, et fondée sur le principe de la conservation des biens dans les familles, étaient établies, non pas sur l'ensemble du patrimoine, mais seulement sur les *propres*, c'est-à-dire sur les biens immeubles recueillis par le *de cuius* dans la succession de ses parents prédécédés : on distinguait les propres paternels, les propres maternels, les propres avitins, etc., et on les opposait aux *meubles* et *acquêts*. Les propres étaient en général indisponibles pour les *quatre quintes* ( $\frac{4}{5}$ ); mais il y avait des diversités.

Des différences notables séparaient la légitime des réserves coutumières :

1° La légitime portait sur tous les biens, propres et acquêts, les réserves coutumières exclusivement sur les propres.

2° On ne pouvait porter atteinte à la légitime par aucun genre de libéralité; les donations entre-vifs qui empiétaient sur elle étaient réductibles comme les avantages testamentaires; les réserves coutumières au contraire ne portaient que sur les biens existants au décès du *de cuius*, et par suite les libéralités testamentaires étaient seules attaquables de ce chef (de Laurière, *sur Paris*, art. 293).

3° La légitime n'était due qu'aux enfants et descendants ou aux ascendants; les réserves à tous les héritiers, même collatéraux.

4° Suivant l'opinion généralement admise, un légitimaire ne pouvait réclamer sa légitime par action en réduction contre les légataires ou donataires que s'il se portait héritier : *nemo habet*

*legitimam nisi qui heres est* : c'était là une transformation du droit romain, due au principe de la saisine ; mais si le légitimaire était lui-même donataire ou légataire, il pouvait, sans se porter héritier, garder les avantages qui lui avaient été faits, et comprenant sa part de légitime, pourvu qu'il ne portât pas atteinte à la légitime des autres (Ricard, *Donations*, part. dern., n° 979. — Pothier, *Cout. d'Orléans*, titre des Donations, n° 76). Au contraire celui qui ne se portait pas héritier ne pouvait prétendre aucune part dans les quatre quints des propres, par voie de rétention ou autrement.

Plusieurs auteurs ont indiqué une cinquième différence. D'après eux, la réserve des quatre quints est *collective*, c'est-à-dire qu'elle est dévolue en bloc à tous ceux qui se portent héritiers, avec accroissement à leur profit de la part de ceux qui renonceraient à la succession ; la légitime au contraire est *individuelle* : chacun n'ayant droit qu'à sa part personnelle de légitime, et ne pouvant réclamer que si elle est entamée. Cette formule est exacte comme expression de ce double fait, déjà compris dans les différences indiquées : 1° que les réserves sont fixées à une quote part invariable, quel que soit le nombre des héritiers, tandis que la légitime varie suivant le nombre des légitimaires ; 2° que la réserve est attribuée exclusivement aux héritiers acceptants, tandis que les légitimaires, s'ils sont donataires ou légataires, gardent néanmoins à ce titre leur part de légitime.

Quoi qu'il en soit, la légitime était dans tous les cas, pour chacun des ayant-droit, une portion du patrimoine dont il ne pouvait être disposé à son détriment. Les auteurs disputaient si cette portion était une *quote de l'hérédité* ou une *quote des biens*. Duaren, avec raison, traitait cette discussion de pure frivolité.

3. — Mais de plus, certaines dispositions, propres à notre ancien droit français, venaient se combiner avec ce système de la légitime et des réserves coutumières, et restreindre spécialement les dispositions au profit d'un des successibles. Les dispositions préciputaires au profit d'un des héritiers étaient généralement interdites, et cela dans toutes les successions directes ou collatérales, qu'il y eût ou non des légitimaires. La loi d'égalité



(sauf d'ailleurs les droits d'aînesse et de masculinité), avait dans notre ancienne jurisprudence une énergie particulière.

Quelques rares coutumes, dites *coutumes de préciput* (Nivernais, Bourbonnais, Berry, Reims, etc.) autorisaient seules le *de cujus* à donner à l'un de ses successibles, en dehors de sa part, ce qu'il aurait pu donner à un étranger.

D'autres coutumes, dites *d'égalité parfaite*, décidaient que le successible avantagé ne pouvait, même en renonçant à la succession, rien garder au delà de sa part héréditaire (Bretagne, Touraine, Normandie, etc.).

Enfin, dans les *coutumes d'égalité simple*, comme celle de Paris, l'héritier donataire ou légataire pouvait, en renonçant à la succession, garder tout ce qui lui avait été donné, comme aurait pu le faire un donataire étranger; mais s'il acceptait la succession, il devait forcément le rapport des choses données, et, nonobstant toute clause de préciput, il ne pouvait avoir une plus forte part que les autres.

Dans ces deux dernières classes de coutumes, on suivait ainsi la règle : *Nul ne peut être à la fois héritier et donataire*.

L'Ordonnance de 1731 sur *les Donations*, qui traça d'une manière générale les règles à suivre pour la réduction des libéralités qui portaient atteinte à la légitime, n'apporta aucun changement quant au fond des choses.

**4. Droit intermédiaire.** — Les premières lois de la Révolution établirent l'égalité dans les partages entre tous les héritiers, sans distinction dans l'origine des biens (propres ou acquêts, biens paternels ou maternels), et firent disparaître les droits d'aînesse et de masculinité (Loi du 15 mars 1790, décret du 15 juillet 1790, projet présenté par Merlin le 21 septembre de la même année). Mais elles ne décidaient rien quant à la liberté de tester. Il pouvait sembler qu'on eût dû alors étendre cette liberté; mais une crainte se manifestait à ce moment : c'est que la liberté testamentaire ne devînt un moyen de revenir aux inégalités que l'ancienne législation créait par ailleurs dans les droits d'aînesse et de masculinité. Le célèbre discours de Mirabeau, lu à l'Assemblée constituante après sa mort, et qui contestait absolument le droit de tester, produisit une impression profonde.

Cependant, la loi du 8 avril 1791, tout en décrétant l'égalité entre les membres d'une même famille dans les successions *ab intestat*, laissa de côté la question de savoir si les libéralités entre vifs ou testamentaires pourraient déroger à cette égalité. En somme, les réserves coutumières avaient disparu avec l'institution des propres : restaient seulement la légitime, et les limitations spéciales imposées au droit de disposition en faveur d'un des héritiers présomptifs.

Ensuite vinrent les lois du 5 brumaire et du 17 nivôse an II. D'après cette dernière (art. 16), « les dispositions générales de la présente loi ne font point obstacle pour l'avenir à la faculté de disposer du *dixième* de son bien si on a des héritiers en ligne directe, ou du *sixième*, s'il l'on n'a que des héritiers collatéraux, au profit d'autres que des personnes appelées par la loi au partage des successions ». — Donc, quotité disponible très restreinte au profit de personnes étrangères, impossibilité d'avantager l'un des successibles au détriment des autres : tel fut le résultat de cette loi. La jurisprudence admit que, sous l'empire de cette loi, le successible renonçant pouvait retenir les dons qui lui auraient été faits, jusqu'à concurrence de la part qu'il aurait eue en acceptant.

Plus tard, la loi du 4 germinal an VIII éleva le taux du disponible, et permit d'en gratifier un héritier aussi bien qu'un étranger. « A partir de la promulgation de la présente loi, dit l'article 1<sup>er</sup>, toutes libéralités qui seront faites, soit par acte entre vifs, soit par acte de dernière volonté, seront valables lorsqu'elles n'excéderont pas le *quart* des biens du disposant, s'il laisse à son décès moins de quatre enfants, le *cinquième* s'il laisse quatre enfants, le *sixième*, s'il en laisse cinq, et ainsi de suite, en comptant toujours pour déterminer la quotité disponible, le nombre des enfants plus un. — Les libéralités autorisées par la présente loi, dit l'art. 5, pourront être faites au profit des enfants et autres successibles du disposant, sans qu'elles soient sujettes à rapport. »

5. — *Code civil.* — Lors de la préparation du Code civil, des discussions assez confuses s'élevèrent sur la fixation de la portion de biens qui devait être disponible et de celle qui devait rester réservée à certains successibles. Ces discussions portèrent presque

exclusivement sur cette question de quotité, et un grand nombre de difficultés d'application furent négligées.

Le projet primitif, dans divers articles qui ont disparu comme inutiles, qualifiait de *légitime* la portion qui devait être assurée à certains héritiers privilégiés; c'est aussi cette expression qui est le plus souvent employée dans les discussions préparatoires (et quelquefois celle de *portion indisponible*). Le mot de *réserve*, qui seul est resté dans le Code, était pris comme absolument synonyme de *légitime*; et en réalité, la pensée de la loi se rapprochait bien plus de la *légitime* que des réserves coutumières.

Comme résultat, le Code civil, dans toute succession où il y a des héritiers en ligne directe, descendante ou ascendante, établit deux portions complémentaires l'une de l'autre : l'une disponible, l'autre indisponible. La *réserve* est la quotité de ses biens ou de sa succession dont le *de cuius* n'a pu disposer au détriment de ses héritiers légitimes, et qui doit leur demeurer assurée à tous et à chacun; la *quotité disponible* est celle qu'il peut au contraire donner à qui bon lui semble. Au point de vue du texte, il est à remarquer que le Code détermine directement la portion ou quotité disponible suivant les cas, et que la réserve se trouve ainsi fixée *a contrario*.

Quant au fond des choses, le Code élargit le droit de disposition établi par la loi du 4 germinal an VIII : en ligne descendante, il gradua le disponible de façon que s'il y avait un, deux ou trois enfants, il fût toujours égal à une part d'enfant, sans descendre au-dessous du quart, même s'il y avait un plus grand nombre d'enfants (art. 913); ce qui était le *maximum* de la loi de l'an VIII est devenu le *minimum* du Code, et les deux lois concordent dans un seul cas, celui où le *de cuius* laisse trois enfants.

D'autre part, le Code, suivant la règle des coutumes de préciput, permet de donner la quotité disponible, non seulement à des étrangers, mais aussi à l'un des héritiers présomptifs, pourvu que la disposition soit faite expressément à titre de préciput et hors part (art. 843 et 844). La règle est rappelée dans l'art. 919 : « La quotité disponible pourra être donnée en tout ou en partie, soit par acte entre vifs, soit par testament; ~~aux enfants ou autres~~

successibles du donateur, sans être sujette au rapport par le donataire ou légataire venant à la succession, pourvu que la disposition ait été faite expressément à titre de préciput et hors part. » — « L'excédant, d'après l'art. 844, est sujet à rapport. »

Ces articles règlent la succession de l'héritier donataire qui accepte la succession. Un autre texte, l'art. 845, est relatif à l'héritier donataire ou légataire qui renonce : « L'héritier qui renonce à la succession, peut cependant retenir le don entre vifs ou réclamer le legs à lui fait, jusqu'à concurrence de la quotité disponible. »

La réserve ainsi établie par le Code, et spécialement celle des enfants ou descendants, est-elle collective ou individuelle ? La question a fait l'objet de vives controverses qu'elle ne méritait peut-être pas. Il est bien certain, d'une part, que la réserve est fixée par le texte *in globo*, puisqu'elle n'est pas déterminée directement, mais que son chiffre résulte *a contrario* de celui de la quotité disponible, seul indiqué par la loi. Mais il est non moins évident que chaque enfant a droit à une part individuelle de réserve, à laquelle il peut toujours être réduit par des libéralités faites, soit à des étrangers, soit à ses cohéritiers, et au-dessous de laquelle il ne peut être réduit. Par exemple, dans une succession dont la masse, formée suivant l'art 922, comprend une valeur de 120.000 francs, et où il y a trois enfants, la quotité disponible est du quart, soit 30.000 francs, la réserve des trois enfants réunis est des trois quarts, soit 90.000 francs, et la réserve de chaque enfant en particulier est du tiers de ces trois quarts, ou du quart du tout, soit 30.000 francs <sup>1</sup>.

6. — Plusieurs des questions complexes auxquelles donnent lieu les libéralités faites à des successibles sont liées entre elles, ou même se mêlent les unes dans les autres. Notre tâche est donc à la fois de montrer la connexité qui les unit, et cependant d'en séparer les éléments en vue d'une compréhension plus claire.

<sup>1</sup> Pour abrégé, dans les explications que comportera la suite de ce travail, nous désignerons quelquefois par M la masse des biens formée d'après l'art. 922, par QD la quotité disponible, par R la réserve prise en masse, par r la réserve personnelle de chacun des enfants

Ainsi dans l'exemple ci-dessus : M = 120,000 ; — QD = 30,000 ; — R = 90,000 ; — r = 30,000.

Il nous faut tout d'abord signaler une question qui ne pourra être discutée à fond qu'après plusieurs autres, mais qui intervient incidemment dans la plupart des controverses, pour faire varier les résultats des diverses solutions.

C'est la question suivante :

L'héritier réservataire qui renonce à la succession doit-il être compté pour la fixation de la quotité disponible et de la réserve ? Soit par exemple une succession de 120.000 francs, et trois enfants du *de cuius*. Un de ces enfants renonce à la succession. Si on le compte néanmoins, la quotité disponible sera de 30.000 fr. et la réserve, prise en bloc, sera de 90.000 francs. Si on fait abstraction du renonçant, la quotité disponible sera de 40.000 fr., et la réserve prise en bloc de 80.000 francs seulement. L'un et l'autre système ont été soutenus, avec des diversités dans l'application, et la doctrine et la jurisprudence sont encore divisées sur ce point.

Ces préliminaires posés, nous avons tout d'abord à déterminer comment doivent être imputés les dons ou legs faits à l'un des successibles, et à rechercher les conséquences de cette imputation, soit en cas d'acceptation, soit en cas de renonciation.

## II.

7. — Les questions capitales de la matière se sont ainsi posées :

Lorsqu'un enfant, donataire ou légataire sans clause de préciput, renonce à la succession, les biens à lui donnés ou légués doivent-ils s'imputer d'abord sur sa part de réserve ou sur la quotité disponible ? L'enfant qui est dans cette situation ne peut-il garder les biens donnés que jusqu'à concurrence de la quotité disponible, ou aussi jusqu'à concurrence de sa part de réserve ? Telles sont les deux questions (qui, d'après les uns n'en font qu'une, et d'après les autres doivent être séparées), sur lesquelles s'est engagée une des plus mémorables controverses de la jurisprudence française.

Avant de suivre les phases de cette jurisprudence, précisons d'abord le problème sous son double aspect par des exemples.

*Premier exemple.* Un père de famille a trois enfants et une fortune de 120.000 fr. Sur cette fortune, il a fait donation à l'un de ses enfants d'une valeur de 60.000 francs, sans clause de pré-

ciput, et il meurt laissant 60.000 francs de biens extants. L'enfant donataire renonce à la succession. La masse étant de 120.000 fr., la quotité disponible est donc de 30,000 fr., si on compte les trois enfants, de 40.000 si on ne compte que les deux acceptants. Cela étant, si on admet que le renonçant a droit de garder d'abord sa part de réserve, puis la quotité disponible, il conservera en entier les 60.000 fr. donnés (30.000 pour sa part de réserve, 30.000 pour la quotité disponible); les deux autres seront réduits à leur réserve, soit 30.000 francs pour chacun : de cette façon le renonçant comptera pour la fixation de la réserve, et il y prendra part. — Que si au contraire on admet qu'il est nécessaire d'être héritier pour prendre part à la réserve, même par voie de rétention, le donataire renonçant ne pourra conserver que la valeur de la quotité disponible, comme s'il était un donataire étranger. Mais cette solution admise, elle comporte encore deux résultats possibles : si on considère, avec la jurisprudence, que l'enfant renonçant doit compter pour le calcul de la réserve, la quotité disponible ne sera que d'un quart (30.000 francs) : c'est la valeur que gardera le renonçant; le surplus lui sera enlevé par la réduction, et les deux réservataires acceptants auront à se partager 90.000 francs. Si au contraire le renonçant ne doit pas compter, il restera deux héritiers, et la quotité disponible sera du tiers (40.000 francs); le donataire renonçant gardera cette valeur, et il reviendra aux autres 80.000 francs (60.000 de biens extants et 20.000 par l'effet de la réduction) : ainsi dans l'hypothèse prévue, on arrivera au même résultat que si le renonçant eût accepté; sa renonciation ne lui profitera pas; elle ne lui nuira pas non plus, car il ne fera pas nombre contre lui-même.

*Second exemple.* — Supposons encore un père de famille ayant 120,000 francs de fortune, et trois enfants. Il a donné d'abord une valeur de 30,000 francs à l'un de ses enfants, par avancement d'hoirie, et sans clause de préciput. Plus tard, il fait une donation de 30.000 francs à un tiers ce personne. L'enfant donataire renonce à la succession. Si on impute les 30.000 francs donnés à l'enfant renonçant tout d'abord sur sa part de réserve, tous les enfants seront remplis de leur réserve, et le donataire étranger

gardera les 30.000 francs qui lui ont été donnés, et qui se trouvent former la quotité disponible. Si au contraire on admet que l'enfant renonçant doit être traité absolument et *erga omnes* comme un donataire étranger, et que la libéralité à lui faite ne peut plus s'imputer que sur la quotité disponible, les deux donations seront soumises à la réduction : or, cette réduction doit se faire dans l'ordre inverse des dates et en commençant par la plus récente. Quel sera le résultat ? Comme il y a trois enfants, dont un renonçant, la réserve est des trois quarts (90.000 francs), si on compte ce renonçant, et des deux tiers (80.000 francs) si on ne le compte pas : or il ne reste que 60.000 francs des biens existants. On attaquera donc la donation faite à un étranger pour compléter la réserve, et on la réduira pour le tout si cette réserve est de 90.000 francs ; on la réduira de 20.000 francs si la réserve n'est que de 80.000 francs. Dans cette hypothèse, l'intérêt de la question, qui dépend de l'imputation à faire, n'est pas pour l'enfant renonçant, dont la libéralité demeurera toujours intacte, mais pour le donataire étranger.

8. — La question se posa pour la première fois en 1818, devant la Cour de cassation, et sous sa forme la plus extrême, celle de notre première hypothèse. Il s'agissait d'un enfant, donataire sans clause de préciput, d'une valeur supérieure à la quotité disponible, et qui prétendait, au moyen de sa renonciation, garder la libéralité entière, en retenant d'abord sa part de réserve, puis la quotité disponible.

Cette prétention fut repoussée par la Cour de cassation dans son arrêt du 18 février 1818, (arrêt *Laroque de Mons*) qui formula cette double thèse, que l'enfant renonçant doit être compté pour la fixation de la réserve, mais que, comme renonçant, il ne peut conserver que la quotité disponible.

Mais postérieurement, la question se présenta devant la Cour suprême sous une nouvelle face, et comme par gradations successives, et ainsi, par une longue évolution, la jurisprudence fut amenée à donner une solution contraire.

On se trouva d'abord en présence d'enfants donataires en avancement d'hoirie, qui n'avaient personnellement aucune réduction à subir, qu'ils vinssent à la succession ou la répudiassent,

que leurs donations fussent imputées sur la réserve ou sur la quotité disponible; l'intérêt de l'imputation était uniquement pour les donataires ou légataires étrangers, comme dans notre seconde hypothèse.

En 1826 (affaire *Saint-Arroman*, arrêt du 8 juillet 1826) une espèce se produisit, où des enfants étaient donataires en avancement d'hoirie, et venaient à la succession; il y avait eu même temps d'autres donataires ou légataires. Les enfants émettaient la prétention que les libéralités faites à leur profit fussent mises en dehors de la masse, par ce motif que le rapport et la réduction ne sont pas dus aux donataires ou légataires, mais seulement aux héritiers (art. 857, 921); d'après eux la masse devait être formée exclusivement des biens existants et des biens donnés à des tiers, et la réduction devait avoir lieu, abstraction faite des avancements d'hoirie dont eux-mêmes étaient investis. La Cour de cassation décida expressément que les biens donnés aux successibles devaient être compris dans la masse, et de plus, il résulte implicitement de son arrêt que les avancements d'hoirie doivent être imputés par les bénéficiaires acceptants sur leur part de réserve.

Puis vint la question des enfants donataires en avancement d'hoirie qui renonçaient à la succession. Il s'agissait de savoir si les dons ainsi faits devaient, par suite de la renonciation des bénéficiaires, être considérés comme faits à des étrangers, et imputables sur la quotité disponible, ou si au contraire, on devait les imputer d'abord sur leur part de réserve, de façon à laisser libre la quotité disponible pour les dispositions faites postérieurement au profit de tierces personnes. La Cour de cassation, considérant que le père de famille qui a fait un avancement d'hoirie, a entendu se réserver la faculté de disposer de la quotité disponible, et, qu'il ne peut dépendre de la renonciation du donataire de changer le caractère de son don, admit l'imputation sur la part de réserve du donataire renonçant (arrêt *Mourgues*, 11 août 1829; — arrêt *Castille*, 24 mars 1834). Ce dernier arrêt indiquait déjà implicitement cette conséquence, que le donataire renonçant pourrait lui-même, le cas échéant, par l'imputation opérée tout d'abord sur sa part de réserve, cumuler et cette part de réserve et la quotité disponible.



Cette conséquence extrême, formant la *théorie du cumul de la réserve et de la quotité disponible*, conséquence directement contraire à l'arrêt de 1818, fut enfin admise par un arrêt du 17 mai 1843 (arrêt *Leproust*).

9. — La nouvelle doctrine de l'imputation et du cumul fut énergiquement maintenue par la Cour de cassation jusqu'en 1863. Mais dans ces vingt années, elle rencontra une résistance très vive chez tous les auteurs, à peu d'exception près, et chez plusieurs cours d'appel. En 1862, la Cour de cassation se sentit elle-même ébranlée : à la suite d'une première cassation, la question se posait devant les chambres réunies.

A ce moment parut un ouvrage, l'un des plus beaux monuments de la science juridique, qui, se séparant de la presque unanimité des auteurs, apportait l'appui d'une science profonde et d'une logique serrée à la jurisprudence antérieure : c'était la *Théorie de la rétention et de l'imputation des dons faits à des successibles*, par M. Ragon, professeur à la faculté de droit de Poitiers<sup>1</sup>. Il fit hésiter plusieurs des jurisconsultes les mieux affermis dans leur opinion ; mais tel était le courant établi par les protestations de la doctrine et la résistance des Cours d'appel, que ce chef-d'œuvre même ne put sauver la théorie du cumul. M. Dupin, procureur général, conclut en sens contraire, et par son arrêt rendu en audience solennelle le 27 novembre 1863, la Cour de cassation revint à la thèse de l'arrêt de 1818, et proscrivit le cumul :

10. — Nous croyons, quant à nous, avec l'opinion aujourd'hui dominante, que le réservataire auquel des libéralités ont été faites, soit en avancement d'hoirie, soit par préciput et hors part, et qui renonce à la succession, ne saurait invoquer son droit à la réserve pour retenir ces libéralités, qu'il ne peut les garder qu'en les imputant sur la quotité disponible, et jusqu'à concurrence de cette quotité.

Laissons de côté l'ancienne jurisprudence, dont la tradition a été interrompue par les lois révolutionnaires : les arguments qu'on en peut tirer de part et d'autre sont hasardés, parce que les rédacteurs du Code n'ont pas voulu se rattacher à l'ancien droit. En

<sup>1</sup> 2 vol. in-8. — Durand, éditeur.

cette matière de droit positif, il faut rechercher avant tout ce qu'a voulu le législateur, et lors même qu'il n'aurait pas établi une parfaite harmonie entre ses dispositions, s'attacher à son intention bien démontrée sur chaque point spécial.

Or, à consulter l'ensemble de la loi, le législateur du Code n'a considéré comme prenant part dans la réserve que les réservataires qui se portent héritiers. Aucun texte formel, nous le concédons, n'a tranché la question ; mais plusieurs la supposent résolue en ce sens. L'art. 915 accorde la réserve aux divers parents *dans l'ordre où la loi les appelle à succéder*. L'art. 914 déclare que les petits-enfants venant par représentation sont comptés pour l'enfant qu'ils représentent dans *la succession* du disposant. D'après l'art. 922, la réserve se calcule *eu égard à la qualité des héritiers* que laisse le défunt. L'art. 1004 dit de même « Lorsqu'au décès du testateur, il y aura des *héritiers* auxquels une quotité des biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis par sa mort, de tous les biens de la succession, et le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament. » Cette règle ne peut évidemment s'entendre des renonçants. Il semble donc impossible d'admettre que dans tous ces textes on ait voulu comprendre les successibles ne venant pas à la succession.

Une disposition plus formelle encore est celle de l'article 845 : « L'héritier qui renonce peut néanmoins retenir le don ou réclamer le legs à lui fait *jusqu'à concurrence de la quotité disponible*. » A première vue, comment croire que ce texte autorise le renonçant à garder quoi que ce soit en sus de la quotité disponible ?

L'esprit général de la loi est donc que l'héritier renonçant est considéré comme un étranger, et que la réserve est un droit héréditaire : toute libéralité faite à un successible qui renonce, qu'elle ait été qualifiée de préciput ou d'avancement d'hoirie, devient une libéralité faite à un étranger. Tout le monde reconnaît que le réservataire renonçant serait inadmissible à former une action en réduction pour obtenir sa réserve : c'est donc qu'avant d'être réservataire il faut être héritier. Pour qu'on lui accordât le droit de garder cette même réserve par voie de rétention, il faudrait une exception formelle : cette exception était admise par l'an-

cienne jurisprudence ; mais le Code ne l'a reproduite nulle part.

Ces arguments tirés des textes et de l'économie de la loi se fortifient par des raisons d'équité.

Quand un père de famille a donné à l'un de ses enfants une somme ou un bien en simple avancement d'hoirie, il n'a pas entendu déroger à l'égalité entre tous : il a voulu que la libéralité fût rapportable, que l'enfant donataire n'eût qu'une simple avance, et non un avantage sur ses frères et sœurs. Si par hasard le père a donné à cet enfant au delà de sa part héréditaire, ce ne peut être, dans l'occurrence, que par une fausse appréciation de sa fortune, ou encore parce que la donation, qui n'excédait pas, au jour où elle a été faite, la part présomptive du donataire, s'y trouve plus tard inférieure par suite de pertes survenues dans le patrimoine. Mais, dans tous les cas, le père a entendu qu'à sa mort l'égalité fût rétablie par le rapport et le partage. Or, quel est l'effet de la doctrine qui autorise le renonçant à retenir jusqu'à concurrence de la réserve et de la quotité disponible cumulées ? C'est de violer cette intention du père de famille. Que si l'enfant veut se faire étranger à la succession, c'est son droit ; mais alors il faut qu'il soit traité en tout comme un étranger : il doit opter entre sa part héréditaire avec la réserve qui y est contenue, et la quotité disponible qu'il aura comme étranger ; mais il ne peut, contrairement à la volonté du défunt, cumuler les qualités de donataire et d'héritier.

Quelques passages des travaux préparatoires peuvent encore être invoqués en ce sens : Réal déclare que l'enfant qui exerce l'action en réduction fait nécessairement acte d'héritier ; Murair et Portalis affirment que la légitime est une portion de l'hérédité (principe incontestable, disent ces législateurs).

11. — A ces raisons, les arrêts et les auteurs ont ajouté un autre ordre d'arguments, auxquels nous ne pouvons souscrire, et qui ont été justement réfutés.

La réserve du Code civil, a-t-on dit, reproduit le système des réserves coutumières, à l'exclusion du système de la légitime : ce qui le prouve, c'est le nom même donné à l'institution, celui de *réserve*. Or, les réserves coutumières ne pouvaient être réclamées, ni même retenues, qu'à la condition de se porter

héritier, tandis que la légitime pouvait être, sinon réclamée, au moins retenue sans prendre cette qualité.

Il y a plus : le Code a accepté ce caractère des réserves coutumières, d'être collectives et non individuelles; il en a fait une quote de l'hérédité, et non une quote des biens. Il n'a pas en effet déterminé ce qui doit être laissé à chaque enfant, mais ce dont le *de cuius* pourrait disposer, et la portion complémentaire, prise en bloc, forme la réserve. Cette réserve n'est donc pas un droit individuel, mais une masse, une portion de l'universalité, qui suppose la qualité d'héritiers chez ceux qui doivent y prendre part, et qui est susceptible d'accroissement à leur profit. (Cet argument est à deux fins : car on prétend justifier par là en même temps 1° que, la réserve étant fixée d'après la qualité et le nombre des personnes appelées à succéder, la renonciation de l'une d'elles bénéficie intégralement aux autres par suite de l'accroissement, 2° et qu'en conséquence le renonçant, bien que ne prenant pas part dans la réserve, doit être compté pour en fixer le *quantum*).

Ces raisons nous semblent fondées sur de pures subtilités.

Comment le législateur aurait-il entendu ressusciter le système aboli des réserves coutumières, qui se rattachait à la distinction des propres, dont la suppression était consacrée par le Code lui-même? N'était-il pas plus naturel de se rattacher à l'idée de légitime, maintenue par le droit intermédiaire? Dans le projet du Code et dans les travaux préparatoires, on emploie indifféremment les expressions de réserve et de légitime, ou encore celle de portion indisponible. Aucune des dispositions du Code n'est en soi incompatible avec l'idée d'une légitime individuelle; de ce que le législateur a déterminé la réserve par une formule plutôt que par une autre, de ce qu'il a fixé directement la quotité disponible, pour la simple commodité du langage, en laissant à déduire le chiffre de la réserve, il n'y a rien à conclure. Ce qui paraît certain, c'est que les législateurs ne sont nullement entrés dans ces considérations de haute théorie.

12. — Quant à l'opinion qui admet le cumul comme une conséquence de l'imputation des libéralités à faire en premier lieu sur la réserve du renonçant, elle s'appuie sur des raisons d'une grande force.

« La réserve du Code civil, c'est la *légitime* du droit romain et de l'ancien droit, avec son caractère individuel : ainsi le prouvent, et la discussion, et des articles disparus du projet comme inutiles, notamment l'art. 24, premier membre de l'art. 921 actuel, où il était dit que la réduction se fait *en raison de la légitime ou de la réserve de chaque successible*. Or, dans l'ancien droit, chacun de ceux qui avaient droit à la légitime ne pouvait attaquer les libéralités faites, soit à des étrangers, soit à ses co-successibles, que si sa propre légitime était entamée par ces libéralités ; ou du moins, si les libéralités ainsi faites aux co-successibles pouvaient être atteintes, ce n'était pas par l'action en *réduction*, mais par l'action en *rapport*, laquelle, fondée sur le principe d'égalité, était applicable à tous les ordres d'héritiers et ne s'exerçait que contre les héritiers venant à la succession. Que si le successible donataire renonçait, il était affranchi du rapport, et se trouvait autorisé à garder tout au moins sa part héréditaire, laquelle comprenait sa légitime (ordonnance de 1731) : sur ce point aucun doute. Pouvait-il en même temps, et en sus de sa part héréditaire, si la libéralité y était supérieure, garder aussi la portion disponible qui eût pu être donnée à un étranger ? Là commençait la divergence, mais là seulement. Dans les coutumes de préciput, il pouvait retenir, outre sa légitime, jusqu'à concurrence du disponible ; dans les coutumes d'égalité, simple ou parfaite, il ne pouvait retenir que sa part héréditaire. La question n'était donc pas de savoir si l'héritier renonçant avait le droit de garder sa part héréditaire ou sa part de légitime (l'affirmative était certaine), mais de savoir s'il pouvait en même temps garder la quotité disponible.

« Qu'a fait le Code civil ? Tout en admettant le système de la légitime, il soumet en principe au *rapport* les dons ou legs faits à un successible sans clause de préciput, que les héritiers soient ou non réservataires : c'est en effet le *rapport* qui est ordonné par la loi dans tous les cas (art. 844, 866, 919), et c'est arbitrairement que les auteurs y substituent le mot de *réduction*. En même temps, le Code permet au *de cuius* de dispenser du rapport, et il établit aussi que le donataire peut s'y soustraire en renonçant (art. 841-845). Le Code admet donc la solution des coutumes de

préciput. L'économie de la loi est ainsi qu'on peut être soustrait à l'obligation du rapport à la masse, seule imposée pour tout ce qui n'entame pas la réserve des autres héritiers, soit par une clause de préciput, soit également par une renonciation, tandis qu'on ne peut échapper à la réduction si la réserve des autres héritiers est atteinte.

« Quant à l'art. 845, d'après lequel « l'héritier renonçant peut retenir le don ou réclamer le legs à lui fait jusqu'à concurrence de la quotité disponible », que veut-il dire en réalité ? Il ne parle pas de la part de réserve du renonçant, parce qu'il était déjà constant, et par la tradition de l'ancien droit, et par les règles générales, que l'héritier avait toujours le droit de retenir comme *minimum* jusqu'à concurrence de cette part; l'article a eu pour but de résoudre ce qui était en contestation, savoir si le renonçant pouvait retenir quelque chose en sus de cette part et jusqu'à concurrence de la quotité disponible, et il l'a résolu dans le sens des coutumes de préciput.

« La preuve que d'ailleurs le législateur entendait bien que la part de réserve serait par lui retenue tout d'abord, se trouve dans l'art. 924 du Code, tel qu'il était primitivement rédigé. Cet article était la simple reproduction de l'art. 34 de l'ordonnance de 1731, d'après lequel, dans le cas où des enfants donataires renonceraient, ils devraient retenir les biens donnés jusqu'à concurrence de leur légitime « et n'être tenus de la légitime des autres que pour l'excédant. » L'art. 924, dans sa rédaction première, prévoyait la même hypothèse en ces termes : « Si la donation entre vifs réductible a été faite à un des *successibles*, il pourra retenir sur les biens donnés la valeur de la portion *qui lui appartiendrait comme héritier* dans les biens non disponibles. » C'était bien consacrer le droit pour le renonçant de garder avant tout sa part héréditaire. L'art. 845 lui permettant de plus de garder jusqu'à concurrence du disponible, la question se trouve tranchée en faveur du cumul.

« L'art. 924, il est vrai, a subi une modification sur la proposition du Tribunat. On y a ajouté ces mots : « s'ils (les biens) sont de même nature », ce qui suppose le partage et le rapport, et par suite l'acceptation de celui qui devra retenir les biens. Mais cette addition a été faite par méprise, sans que rien indique un

changement réel dans la volonté du législateur ; la forme conditionnelle « qui leur appartiendrait » avec ce complément sous-entendu : « s'ils se portaient héritiers », est demeurée comme un témoin irrécusable de l'intention d'abord certaine, et non rétractée, de reproduire l'art. 34 de l'ordonnance.

« Quant à cet argument que le cumul viole l'intention du disposant, il est encore aisé d'y répondre.

« Cet argument, d'abord, prouverait trop : car toutes les fois qu'une disposition est faite sans clause de préciput au profit d'un futur héritier, et qu'elle excède en définitive sa part héréditaire, allât-elle même jusqu'à absorber toute la succession, le bénéficiaire peut néanmoins se soustraire au rapport en renonçant à la succession ; la solution est incontestable pour les successions non réservées. Cela est-il injuste ? Non, car le disposant a voulu avant tout donner, et donner irrévocablement, ce qui était compris dans sa libéralité. Assurément il est censé avoir voulu que si le partage se faisait entre les divers héritiers présomptifs, le donataire imputât sa libéralité sur sa part, et n'eût pas plus que les autres. Mais il a dû prévoir, d'après la loi même, que le donataire pourrait aussi garder le bénéfice pur et simple de la libéralité en renonçant à la succession, et dès là qu'il a prévu cette conséquence légale, il l'a voulue.

« Pourquoi en serait-il autrement dans les successions où il y a une réserve ? L'intention principale du donateur n'est-elle pas encore que son donataire ait entièrement et irrévocablement tout ce qui lui a été donné ? Cette intention ne s'impose-t-elle pas en certains cas à la conscience même du disposant, si par exemple un mariage a été contracté sur la foi de cette libéralité ? N'a-t-il pas dû encore prévoir que les circonstances pourraient amener le donataire à renoncer à la succession pour s'en tenir à son don ? On dit que le donateur, en faisant un avancement d'hoirie, a voulu l'égalité ; mais il a voulu aussi faire une donation irrévocable : ces deux volontés ne pouvant pas se réaliser simultanément (dans le cas par exemple où le disposant aura trop présumé de sa fortune), pourquoi donner la préférence à l'une plutôt qu'à l'autre ? La seule chose qui ne puisse pas arriver, c'est que la réserve des autres successibles soit atteinte, car ce n'est plus la

volonté du disposant, c'est celle de la loi, qui l'exige; mais pour y satisfaire, il suffit que la réserve des autres soit intacte.

« D'ailleurs que fait-on dans le système qui repousse le cumul? Le père de famille, en faisant un avancement d'hoirie, n'a pas voulu, dit-on, que l'enfant eût autre chose que sa part, et pour respecter cette volonté on donne à l'enfant: quoi? sa part? Non, mais précisément la quotité disponible, que le défunt, suppose-t-on, n'a voulu lui laisser en aucun cas. Il est vrai que s'il n'y a pas plus de trois enfants, cette quotité disponible se trouve justement égale à une part d'enfant (et encore en supposant que le renonçant ne compte plus pour la réserve); mais c'est pure coïncidence; et s'il y a plus de trois enfants, la quotité disponible, fixée au quart, et qu'on laisse à l'enfant renonçant, est supérieure à la part qu'aurait voulu lui laisser le père, qui est de  $\frac{1}{5}$ ,  $\frac{1}{6}$ ,  $\frac{1}{7}$ , etc.

« Enfin, la solution du cumul s'impose comme une conséquence de l'imputation. L'hypothèse du cumul proprement dit est relativement rare. Mais si on repousse le cumul, il faut repousser du même coup toute imputation des dons faits au renonçant sur sa part de réserve, et par là on porte une atteinte fatale au droit de disposition du père de famille. Rappelons notre seconde hypothèse: un père a 120.000 francs de fortune et trois enfants; il a doté l'un de ses enfants de 30.000 francs en avancement d'hoirie; postérieurement, il donne 30.000 francs à un tiers, par exemple à sa femme, ou bien il fait un préciput de cette somme à un autre de ses enfants. Si l'enfant premier donataire accepte la succession, il imputera les 30.000 francs à lui donnés sur sa réserve, sur sa part héréditaire (c'est la théorie de l'arrêt *Saint-Arroman*, jusqu'ici presque incontestée), et dès lors la seconde donation recevra effet; car elle ne portera pas atteinte à la réserve. Qu'il plaise au contraire à l'enfant premier donataire de renoncer (renonciation et acceptation lui étant d'ailleurs indifférentes dans l'hypothèse), et qu'on impute le don sur la quotité disponible, la donation faite en second lieu va crouler; car elle est la dernière en date. Ainsi on méconnaîtra bien plus sûrement la volonté du père de famille, et qui plus est, ses droits essentiels; dès lors qu'il aura fait à l'un de



ses enfants un avancement d'hoirie égal à sa part de réserve, il ne pourra plus faire, soit au profit d'un autre enfant, soit au profit d'un tiers méritant, le plus modique avantage, sans courir le risque de le voir tomber par la volonté de l'enfant, qui transformera son avancement d'hoirie en donation ordinaire. Le législateur n'a pu vouloir un tel résultat <sup>1</sup>. La libéralité faite en avancement d'hoirie doit donc avant tout s'imputer sur la part héréditaire du bénéficiaire.

« Cette imputation étant admise, il s'ensuit nécessairement que le donataire lui-même gardera d'abord sa part sur sa libéralité à titre de part héréditaire; l'art. 845 l'autorise de plus à retenir jusqu'à concurrence de la quotité disponible. De là le cumul possible. Telle est la logique qui a inspiré la jurisprudence de la Cour de cassation de 1826 à 1863. »

**13.** — Ces raisons, nous l'avons dit, sont d'une grande puissance. Mais répondent-elles à la pensée du législateur?

Les rédacteurs du Code, en cette matière, ont voulu établir un droit *absolument nouveau*, et il leur a semblé important de bien prévenir les doutes sur l'étendue de leurs dispositions : ainsi parle Tronchet. Ont-ils réussi à éviter ces doutes? ont-ils bien combiné l'harmonie des règles qu'ils formulaient? La discussion précédente leur donnerait au besoin un démenti : il en ressort seulement qu'ils ont établi quelques points principaux, sans en bien étudier les rapports. Tous les textes du projet qui auraient tranché la question dans le sens de l'imputation sur la réserve ou du cumul (art. 18, 22, etc.) ont eu vraiment du malheur; ils ont tous disparu de la rédaction définitive. C'est par inadvertance, soit, et non de propos délibéré. Mais la facilité même avec laquelle ont été effacés ces textes démontre que les législateurs n'en avaient pas vu nettement toute la portée.

Ce qui reste acquis, c'est que l'idée de réserve est intimement liée à celle de succession, la qualité de réservataire à celle d'héri-

<sup>1</sup> Plusieurs jurisconsultes ont proposé d'obvier à cet inconvénient en permettant au disposant de prescrire telle ou telle imputation pour le cas même où la famille renoncerait; mais M. Ragon (tome II, nos 436 et suiv.) a très bien montré à quelles difficultés légales se heurtent de pareilles dispositions ou conventions.

tier, et que par suite celui-là seul prendra part dans la réserve, qui est héritier. Si l'art. 845, dont le sens apparent est si clair, a été voté sans discussion, si l'art. 924 a aussi subi sans observation un changement qui en transpose absolument l'hypothèse, c'est qu'on était uniquement attaché à l'idée générale et qu'on ne s'est point préoccupé de la théorie de l'imputation.

Cette *théorie de l'imputation* doit néanmoins être établie pour les diverses hypothèses; et la jurisprudence a eu à suppléer ici l'œuvre imparfaite du législateur. Nous avons maintenant à en établir les principaux éléments.

(*La suite prochainement*).

LÉOPOLD THÉZARD.

## BIBLIOGRAPHIE

### LA CONDITION DES PERSONNES

#### D'APRÈS LE DROIT COUTUMIER FRANÇAIS.

Par M. Henry BEAUNE, ancien procureur général à la Cour de Lyon,  
Correspondant de l'Académie de législation.

Compte-rendu par M. DESPREZ, docteur en droit.

Près de quatre-vingts ans se sont écoulés depuis que la France s'est donnée une législation nouvelle, et, malgré les nombreux travaux dont celle-ci a été le sujet, elle attend encore son histoire. MM. Laferrière, Giraud, Minier et plusieurs autres en ont tenté l'ébauche, mais nul ne l'a embrassée dans son ensemble, nul n'a entrepris dans notre langue ce qu'ont fait MM. Warnkœnig et Stein pour le droit français en Allemagne, MM. Savigny et Cattaneo pour le droit romain de l'autre côté du Rhin et en Italie. Doter notre patrie d'une histoire complète et méthodique de ses institutions civiles nationales, était une entreprise digne d'une intelligence aussi ouverte, d'un esprit aussi large et aussi scientifique que ceux de M. H. Beaune. Mais son accomplissement supposait un labeur immense, car il ne s'agissait rien moins que de remonter jusqu'à nos plus lointaines origines pour découvrir la source inconnue de la législation du moyen-âge et de nos lois modernes, à travers un dédale de documents oubliés et d'obscurs ou d'épais commentateurs. M. Beaune n'a pas reculé devant cette œuvre de longue haleine et l'a résolument abordée. Un premier volume publié en 1880 sous le titre de *Introduction à l'étude du droit coutumier* a été le premier anneau de la chaîne qu'il se proposait

de forger. Cet essai, dont un maître a dit qu'il renfermait une forêt d'idées, *sylva rerum et sententiarum*, a eu dans la science le plus franc et le plus légitime succès. La presse anglaise et allemande, d'ordinaire si peu favorable et, disons-le, si peu juste pour nos travaux d'érudition, s'est accordée à y reconnaître à la fois la richesse du style, la solidité de l'exposé et l'éloquence de la pensée : les légères taches qu'elle y a relevées ne l'ont pas empêchée de lui assurer une place d'honneur dans la littérature juridique dont il se distingue par un éclat inaccoutumé de la forme ; aujourd'hui, pénétrant plus avant dans l'étude de son sujet, l'auteur s'est attaché à décrire l'état des personnes dans notre ancienne France et à montrer quelle était la condition civile de ses habitants depuis le jour où ils ont trouvé dans la rédaction de leurs coutumes une législation écrite, non pas sans doute arrêtée et définitive, mais incessamment perfectible, jusqu'à celui où cette législation a disparu devant l'orage révolutionnaire de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Faisant un tableau hardiment synthétique de toutes les dispositions des usages particuliers à chacune de nos provinces, et les groupant par régions, il a parcouru successivement tous les degrés de la hiérarchie sociale afin de rechercher comment vivaient, au point de vue civil, nos ancêtres, la dose de liberté que leur laissaient les institutions nationales et les progrès qu'avait faits cette liberté sous la double influence de la jurisprudence et des édits royaux. Savamment divisé, dessiné d'un trait à la fois sobre, net et sévère, qui ne s'égare jamais, mais qui s'illumine parfois soudainement, comme pour tracer un sillon plus profond, ce tableau ne laisse rien dans l'ombre : le clergé, la noblesse, la bourgeoisie des villes de commune et des villes royales, les étrangers, les serfs, les juifs, les lombards, les protestants, les bâtards, les mineurs, les femmes, les religieux, les morts civils, le père de famille et ses enfants, les époux, les tuteurs et curateurs, les corporations, les communautés de toute nature, tous les êtres animés ou de raison, en un mot, qui jouissaient autrefois d'une part quelconque de droits civils ou qui en étaient même accidentellement privés y trouvent place et s'y meuvent dans les limites précises de leur condition. Celle-ci varie selon les temps et les lieux : mais chacune de ces variations est indiquée, sans nuire à l'harmonie de l'ensemble, et sans que le lecteur puisse oublier, sous la profusion des détails, la majestueuse simplicité de l'édifice.

Cet édifice était-il, comme on s'est plu à le répéter, une hutte

de sauvages, une mesure faite de pièces et de morceaux, un misérable asile ouvert à tous les vents de la barbarie ? Non jamais erreur n'a été plus grossière et jamais elle n'a été mieux réfutée. M. Beaune s'est bien gardé de la repousser par des déclarations et des phrases : il sait ce qu'elles valent d'ordinaire et il a voulu laisser la parole aux faits, c'est-à-dire aux textes originaux. Parmi ceux qu'il cite de préférence figurent les coutumes de l'Est de la France et en particulier de la Bourgogne, du Nivernais et de la Franche-Comté. Ce choix n'a pas été fait au hasard et à l'aveugle. Ces provinces étaient peut-être, dans l'ancien régime, les types les plus assurés du régime féodal ou tout au moins en avaient conservé longtemps de vives empreintes. Il était donc intéressant de montrer que, même chez elles, la liberté civile avait fait depuis le XVI<sup>e</sup> siècle des progrès assez sensibles pour qu'elles eussent atteint presque au niveau des autres parties de la France où la féodalité avait plus facilement et plus vite battu en retraite devant l'émancipation des communes et des individus. La vérité est que peu avant 1783, grâce à la marche de la jurisprudence, au développement de l'unité française et aux ordonnances si sagement libérales, de Louis XVI, qui abolit la main morte, donna un état-civil aux protestants, supprima la torture et élargit les franchises communales, la condition civile des habitants de ces régions était presque semblable à celle dont nous jouissons aujourd'hui.

M. Beaune ne s'arrêtera pas à cette intéressante étude : il a fait sa gerbe, mais il ne l'a pas liée et la grossira encore. L'état des biens dans l'ancienne France lui offre un champ d'investigations et de découvertes plus vaste peut-être et qu'il se gardera de laisser en friche. Quand ce labeur, qui exigera sans doute des années, sera complètement achevé il pourra, lui aussi, dire avec un juste orgueil : *Exegi monumentum*, et nous pourrons de notre côté placer son histoire du droit coutumier français près de celle que M. Glasson vient d'entreprendre pour les institutions anglaises et qui lui a si justement ouvert les portes de l'Académie des sciences morales. De tels livres restent : ils ont la valeur de la science exacte ; ils ont aussi le mérite rare de la forme, ce qui ne doit pas surprendre chez M. Henri Beaune, dont M. Dufaure disait : Sa plume est la plus élégante et l'une des plus solides de la magistrature française.

DESPREZ.

---

*L'Editeur-Gérant* : F. PICHON.

---

## EXAMEN DOCTRINAL

### JURISPRUDENCE COMMERCIALE.

(Années 1882 et 1883).

Par M. Ch. LYON-CAËN, professeur à la Faculté de Droit de Paris  
et à l'École des Sciences politiques.

Cet article sera consacré à l'examen des principales décisions judiciaires rendues durant les années 1882 et 1883 en matière de Droit *commercial terrestre*. La jurisprudence relative au droit *commercial maritime* et au droit *industriel* pendant les mêmes années fera l'objet d'un examen doctrinal ultérieur <sup>1</sup>.

Les conséquences des événements commerciaux et financiers des années précédentes ont continué à se produire, au point de vue même purement judiciaire, pendant les deux dernières années. Le nombre des procès relatifs à des questions soit de sociétés par actions, soit de bourse, a atteint un chiffre considérable. Des difficultés relatives à la loi du 24 juillet 1867, que les tribunaux n'avaient pas eu jusqu'ici à trancher, que les auteurs eux-mêmes n'avaient pas prévues se sont produites <sup>2</sup>. Plus encore que dans les dix années qui ont suivi sa mise en vigueur, il est vrai de dire aujourd'hui, pour employer une expression vulgaire, que la loi sur les sociétés par actions est une des mines les plus fécondes de procès. Elle semble prendre une fécondité plus grande au moment où il est question de remplacer la loi de 1867 par une loi nouvelle.

Nous examinerons successivement les questions de sociétés, les questions de faillite et des difficultés variées se rattachant à des matières diverses.

<sup>1</sup> Il sera fait par notre collègue, M. Thaller, professeur à la Faculté de droit de Lyon.

<sup>2</sup> V. à cet égard les observations de M. Thaller, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1883, p. 305 et suiv.

§ 1<sup>er</sup>. — SOCIÉTÉS.

SOCIÉTÉ ANONYME. — APPEL DE FONDS. — CESSIONNAIRES INTERMÉDIAIRES. — GARANTIE. — TITRES AU PORTEUR. — Cour de Lyon, 3 juillet 1883, *Journal du Palais*, 1883, p. 983.

Depuis le commencement de 1882, de nombreuses sociétés anonymes ou sont tombées en faillite, ou, tout au moins, ont dû, par suite du fâcheux état de leurs affaires, se dissoudre et se mettre en liquidation. Souvent les actions de ces sociétés, quoique non libérées, ont passé successivement entre les mains d'un grand nombre de personnes. Les versements réclamés sur ces actions donnent lieu à deux ordres de questions :

1<sup>o</sup> La société (ou le syndic, quand elle est en faillite) peut-elle s'adresser indifféremment pour faire compléter les versements aux souscripteurs originaires, aux actionnaires intermédiaires et aux détenteurs actuels d'actions ?

2<sup>o</sup> Lorsque des actions ont été libérées par une autre personne que leur détenteur actuel, par exemple, par le souscripteur primitif, qui ne doit pas supporter définitivement la dette acquittée par lui, contre lesquels des acquéreurs postérieurs ce souscripteur a-t-il un recours ? N'en a-t-il que contre le détenteur actuel, ou peut-il, si bon lui semble, s'en prendre à un cessionnaire intermédiaire ?

Ces deux questions doivent être soigneusement distinguées. La loi du 24 juillet 1867 (art. 3) a résolu la première. Au contraire, elle a gardé sur la seconde un silence complet. Cela se conçoit aisément. La loi de 1867 s'est préoccupée d'assurer la réalisation effective du capital social. Le nombre plus ou moins grand des personnes tenues envers la société de libérer les actions, a sur cette réalisation une influence capitale. Au contraire, les règles adoptées sur les recours des souscripteurs d'actions contre les cessionnaires ne peuvent en rien assurer que le capital sera effectivement versé. La question des recours n'est pas, à proprement parler, une question de société ; elle concerne uniquement les effets des cessions d'actions. Mais il n'en est pas moins vrai que l'importance des questions de recours tient à ce que la loi de 1867 a admis que des personnes qui n'ont pas à supporter défi-

ntivement la charge de la libération des actions, sont tenues envers la société de faire l'avance des versements. Aussi, bien que la Cour de Lyon, dans son arrêt du 3 juillet 1883, n'ait résolu qu'une difficulté concernant les recours, est-il indispensable pour en apprécier la portée, de résumer le système de la loi de 1867 sur les droits des sociétés contre les souscripteurs, cessionnaires intermédiaires et détenteurs actuels d'actions non libérées.

On sait que la loi de 1867 a consacré à cet égard, au moins implicitement, des règles générales qui s'appliquent dans le silence des statuts et qui ne peuvent être écartées que dans les limites déterminées par l'art. 3 de cette loi.

A défaut de clause contraire des statuts, jusqu'à complète libération des actions, les souscripteurs primitifs, les cessionnaires intermédiaires et les détenteurs actuels sont tenus envers la société qui peut poursuivre telles de ces personnes que bon lui semble. Afin que l'exercice de ce droit de la société soit possible, il faut qu'on connaisse les noms des diverses personnes entre les mains desquelles les actions ont passé ou se trouvent actuellement. Aussi les titres d'actions doivent rester nominatifs jusqu'à ce qu'ils soient entièrement libérés.

La loi de 1867 (art. 3) permet de stipuler dans les statuts que les actions pourront être converties en titres au porteur après libération de moitié. Pour que cette conversion soit possible, il faut qu'une délibération de l'assemblée générale l'autorise conformément aux statuts. L'autorisation donnée par l'assemblée générale a des effets importants pour toutes les actions, qu'il ait été ou non fait usage du droit de les convertir. Les souscripteurs et tous les cessionnaires antérieurs à la délibération de l'assemblée générale cessent d'être tenus au bout de deux ans à partir de celle-ci. Quant aux personnes qui ont acquis des actions après cette délibération, il faut, d'après la jurisprudence, distinguer parmi elles les détenteurs actuels et ceux qui, après avoir acquis des actions, les ont cédées à leur tour. Les premières restent personnellement tenues tant qu'elles conservent leurs titres. Les secondes sont entièrement libérées envers la société à partir du moment même où elles les ont cédées.

Il résulte de ces règles que, dans tous les cas, les souscrip-

teurs, même après la cession de leurs actions, restent tenus de compléter les versements envers la société. Seulement ils ne le sont que pendant deux ans, lorsqu'il a été fait usage de la faculté consacrée par l'art. 3 de la loi de 1867.

Quand la société use de ses droits à l'égard des souscripteurs, ceux-ci ont assurément le bénéfice de la subrogation légale contre les détenteurs actuels et contre ceux des cessionnaires qui sont tenus eux-mêmes envers la société. Les souscripteurs ont payé une dette dont ils étaient tenus avec d'autres (art. 1251, 3<sup>o</sup>, C. civ.). En conséquence, lorsqu'on n'a pas profité de la faculté laissée aux fondateurs par la loi de 1867 (art. 3) ou lorsque l'assemblée générale a refusé d'autoriser la conversion des actions, les souscripteurs sont sans limite de temps subrogés contre les titulaires actuels et contre tous les cessionnaires successifs. Mais, quand l'assemblée générale a permis la conversion conformément aux statuts, les souscripteurs qui restent tenus pendant deux ans ne sont subrogés durant ce laps de temps que contre les détenteurs actuels et les cessionnaires antérieurs à la délibération de l'assemblée générale. La subrogation ne saurait, au contraire, avoir lieu contre les cessionnaires postérieurs à cette délibération qui ont eux-mêmes cédé leurs titres; ils n'étaient pas tenus avec les souscripteurs de libérer les actions.

En dehors de toute subrogation légale, les souscripteurs n'ont pas un recours *de leur chef* contre les acquéreurs successifs d'actions? La question ne semble pas avoir d'intérêt pratique à l'égard des personnes contre lesquelles les souscripteurs sont subrogés. Mais elle en a pour celles à l'égard desquelles la subrogation ne peut être invoquée, parce qu'elles ne sont pas obligées envers la société. Elle en présente donc un fort grand pour les cessionnaires postérieurs à la délibération de l'assemblée générale qui ont cessé d'être obligés envers la société du moment où ils n'ont plus été actionnaires.

La Cour de Lyon décide que les souscripteurs n'ont pas de recours de leur chef contre ces cessionnaires. Elle se fonde principalement sur deux arguments. Selon elle, la cession d'une action non libérée ne renferme pas l'obligation pour le cessionnaire de garantir son cédant. En outre, la loi de 1867 (art. 3) admet que



la cession faite par les cessionnaires postérieurs à la délibération de l'assemblée générale entraîne une novation par suite de laquelle ces cessionnaires sont libérés. Le recours des souscripteurs contre eux serait contradictoire avec cette novation.

Nous croyons, au contraire, que les souscripteurs qui ont été obligés de libérer des actions peuvent recourir contre toutes les personnes entre les mains desquelles les actions ont passé. Cela nous paraît résulter de la nature des ventes d'actions et ne pas être contredit par la sorte de novation qui se produit par l'effet de ces ventes, en vertu de l'art. 3 de la loi de 1867.

Les actions non libérées comprennent à la fois : 1<sup>o</sup> les droits divers qui appartiennent à tout actionnaire et dont la réunion forme l'action ; 2<sup>o</sup> l'obligation de compléter les versements. Quand un souscripteur vend ses actions, il n'entend évidemment pas céder ses droits et conserver la charge de l'obligation des versements. *Ubi emolumentum, ibi onus esse debet*. Il ferait autrement un marché de dupe. Il est naturel de supposer que le cessionnaire ou acheteur d'actions non libérées s'oblige envers son cédant à en opérer la libération ou à lui rembourser ce qu'il aura dû payer à la société. On conçoit que le cessionnaire, qui n'est pas obligé envers la société, le soit envers son cédant. Il y a quelque chose d'analogue à ce qui se passe en cas de vente de droits successifs : quand la succession est grevée de dettes, l'acheteur qui n'est pas obligé envers les créanciers héréditaires, est obligé envers son vendeur à lui rembourser le montant des sommes qu'il aura dû payer comme héritier (art. 1698, C. civ.). Le souscripteur qui cède des actions non libérées, a pour garant son cessionnaire comme le vendeur de droits successifs est garanti par l'acheteur. Pour qu'il en fût autrement, l'expression d'une volonté formelle serait nécessaire.

Le souscripteur peut, si l'on admet ces idées, agir contre son cessionnaire immédiat. Il doit même avoir une action *directe* contre les cessionnaires subséquents. On peut dire que chaque cédant stipule la garantie au profit du souscripteur qui a fait la première cession ; il y a là une stipulation pour autrui formant la condition du contrat que chaque cédant fait pour lui-même (art. 1124, C. civ.).

L'idée de novation invoquée par la Cour de Lyon n'a rien à faire dans la question. Il est vrai que, dans le cas de l'art. 3 de la loi de 1867, il y a une sorte de novation dont les effets sont seulement retardés pendant deux ans pour les souscripteurs et pour les cessionnaires antérieurs à la délibération de l'assemblée générale autorisant la conversion des actions en titres au porteur. Il est vrai que cette novation se produit pour les cessionnaires postérieurs à cette délibération au moment même où ils cèdent leurs titres. Mais qu'importe ! Cette novation a lieu dans les rapports entre la société d'un côté et les souscripteurs ou cessionnaires de l'autre. Rien n'implique qu'elle doive avoir des effets dans les relations des cédants et des cessionnaires.

Il ne suffit pas d'admettre le recours des souscripteurs soit contre les détenteurs actuels seuls (avec la Cour de Lyon), soit contre eux et contre les cessionnaires intermédiaires ; il faut encore rechercher comment les souscripteurs pourront connaître ces personnes. La question est fort simple quand les titres sont demeurés nominatifs. Comme les titres n'ont pu être transmis qu'au moyen de transferts, les noms des titulaires successifs se trouvent nécessairement sur les registres de la société (art. 36, C. comm.). Mais, si les titres d'actions ont été convertis en titres au porteur après libération de moitié, ils se sont transmis à partir de cette conversion par la simple tradition et les acquéreurs postérieurs sont inconnus. Il faut même remarquer que, comme, en général, les actions se négocient par l'intermédiaire des agents de change, chaque cédant ignore même quel est son cessionnaire direct, de telle sorte que les souscripteurs ne peuvent s'adresser à leurs cessionnaires directs afin d'obtenir les noms des cessionnaires subséquents. Le seul moyen pour le souscripteur de sortir de difficulté est de réclamer à son agent de change le nom de l'acheteur de ses actions ; c'est à celui-ci à demander à son tour l'indication du nom de l'acheteur suivant et ainsi de suite, jusqu'à ce qu'on arrive aux détenteurs actuels des titres.

Mais on peut se demander si les agents de change auxquels ces révélations de noms sont demandées, ne doivent pas se refuser à les faire, à raison de l'obligation du secret qui leur est imposée (art. 19, arrêté du 27 prairial an X). Nous ne croyons pas que

cette interdiction légale puisse être invoquée par eux. Elle a pour but d'assurer un secret sans lequel souvent les spéculations les plus habiles pourraient échouer. Pour que ce but soit atteint, il n'est pas nécessaire que le secret soit gardé même après la conclusion et l'exécution des opérations. D'ailleurs, l'obligation du secret n'est pas absolue pour les agents de change. L'art. 19 de l'arrêté de prairial y admet des exceptions. Il en admet notamment une dans le cas où la nature des opérations exige que les parties soient nommées. C'est bien ce qui se présente ici. La cession d'actions non libérées engendre par sa nature une obligation de garantie pour le cessionnaire. Quels effets pratiques pourrait avoir cette obligation, si les agents de change qui ont négocié des actions au porteur pouvaient se retrancher derrière leur secret professionnel <sup>1</sup> ?

La Cour de Lyon n'adopte pas cette solution. Selon elle, les souscripteurs ne peuvent demander la révélation des noms des cessionnaires intermédiaires dans le but d'arriver à connaître les détenteurs actuels. Avec sa doctrine, le droit de recours des souscripteurs contre les détenteurs actuels devient une lettre morte dans le cas de conversion des actions en titres au porteur <sup>2</sup>. La Cour de Lyon semble oublier que *qui veut la fin veut les moyens*. Les souscripteurs ne peuvent arriver à connaître les détenteurs actuels qu'en se faisant d'abord révéler les noms des cessionnaires intermédiaires.

SOCIÉTÉ ANONYME. — NOMBRE DES ASSOCIÉS. — Cour de Paris, 13 janvier 1882, *Journal du Palais*, 1883, p. 1210.

La loi du 24 juillet 1867 (art. 2) exige que, dans les sociétés anonymes, les associés soient au nombre de sept au moins. Cette disposition est sanctionnée par la nullité de la société (art. 41). Aussi est-il important de déterminer si le chiffre de sept est ou n'est pas atteint. En général, il n'y a pas de difficulté sur ce point, et, à notre connaissance, il ne s'en était pas présenté jus-

<sup>1</sup> V. *Revue critique*, 1883, p. 333 et 334, observations de notre collègue, M. Thaller.

<sup>2</sup> V. sur cette question notre note dans le *Journal du Palais*, 1883, p. 986 et 987.

qu'ici. La Cour de Paris a été saisie d'une question toute nouvelle qu'on peut formuler ainsi :

*Doit-on considérer comme un associé contribuant à former le nombre minimum de sept, exigé par la loi de 1867 (art. 23), celui qui, ayant fait un apport à une société, doit avoir une part dans les bénéfices et qui est privé de tout droit au partage de l'actif social lors de sa dissolution, si d'ailleurs il réunit toutes les autres conditions voulues pour être associé ?*

L'espèce dans laquelle cette question se posait, était fort simple. D'après les statuts sociaux, les actions, au nombre de 400, représentant le capital social, avaient été réparties entre six personnes. L'un de ces six actionnaires avait fait apport à la société d'un brevet d'invention anglais, avec une septième personne, et, en retour, les statuts sociaux attribuaient à ces deux *apporteurs* une part dans les bénéfices. Cette septième personne n'avait aucun autre droit pécuniaire dans la société; elle ne devait pas participer au partage de l'actif social lors de la dissolution. Fallait-il la compter comme septième associé ? Si elle ne devait pas être comptée, la société était nulle.

La Cour de Paris admet qu'il y avait là un septième associé et qu'en conséquence la loi de 1867 avait été respectée. Nous partageons entièrement cet avis. Mais il nous semble que les motifs de l'arrêt sont insuffisants ou n'ont pas trait à la question. La Cour de Paris dit d'abord, en s'appropriant les motifs du jugement frappé d'appel devant elle, que, par sa double qualité d'apporteur et d'ayant-droit dans les bénéfices sociaux, la septième personne dont il s'agissait, semblable à un porteur d'actions, était un véritable associé ayant un intérêt direct à la prospérité de la société et pouvant souffrir de ses pertes. Elle ajoute que, d'ailleurs, les noms des sept fondateurs avaient été insérés dans l'extrait de l'acte de société publié dans les journaux, conformément à l'article 55 de la loi de 1867.

Le premier motif est plutôt une affirmation qu'une démonstration. Quant au second, il ne peut pas servir à résoudre la difficulté. Car il va de soi que l'accomplissement des formalités de publicité ne peut faire disparaître le vice résultant de ce qu'il n'y a pas réellement sept associés.

La véritable question à trancher, comme nous l'avons dit plus haut, est celle de savoir si l'on peut qualifier d'associé celui qui fait un apport, a droit à une part dans les bénéfices et ne sera pourtant jamais copropriétaire du fonds social. Cette question a une portée générale ; elle pourrait être posée à propos de la définition même du contrat de société, sans qu'il s'agisse de l'application de la loi de 1867. On peut supposer, par exemple, que deux personnes concluent ensemble un contrat par lequel l'une et l'autre faisant un apport, auront droit également aux bénéfices avec attribution de la masse formée par la réunion des deux apports à un seul des contractants. Un pareil contrat n'a certainement rien d'illicite. Mais on peut se demander si celui auquel tout droit dans la masse est refusé, est un associé, et si, par conséquent, le contrat est une société.

Le Code civil (art. 1832 et suiv.) donne la définition de la société. Il résulte de ses dispositions que toute société suppose nécessairement un apport fait par chaque contractant, une part attribuée à chacun dans les bénéfices provenant de l'exploitation du fonds résultant de la réunion des apports et une part supportée par chacun dans les pertes. Mais où trouve-t-on l'indication de la nécessité d'un droit de copropriété pour chaque associé ? Nulle part. Il est vrai que tous les jurisconsultes font remarquer que les associés sont copropriétaires du fonds social, soit pendant la durée de la société, soit après sa dissolution dans le cas devenu très fréquent où la société constitue une personne morale. Mais, s'il en est ainsi, c'est que c'est là le cas de beaucoup le plus ordinaire. Il est de la nature de la société et non de son essence que les associés soient copropriétaires du fonds social.

La stipulation, qui enlève tout droit de copropriété à un associé dans le fonds social, peut s'expliquer souvent d'une façon très rationnelle. Il y a des apports qui sont d'une nature telle que, lors de la dissolution de la société, ils ne doivent pas contribuer à former la masse indivise à partager entre les associés. Cela se présente notamment quand un associé fait un apport en industrie ou se borne à apporter la jouissance d'un bien, ou apporte un droit qui doit prendre fin avant la dissolution de la société, par exemple, un brevet d'invention. Ne conçoit-on pas que dans des

hypothèses de ce genre, on refuse tout droit dans le fonds social à l'associé qui a fait un apport de cette espèce, par cela même que le bien apporté par lui ne fait pas partie de la masse indivise lors de la dissolution. Il se peut que l'exclusion d'un associé du partage soit indispensable même pour que chacun ait des droits proportionnés à la valeur de son apport.

Il est si vrai que le droit de copropriété de chaque associé n'est pas de l'essence de la société, qu'une société pourrait exister sans qu'il y eût un fonds social à partager après qu'elle est dissoute. Cela a lieu quand chaque associé fait un apport en industrie ou quand les associés se bornent à apporter un brevet d'invention dont ils ont la copropriété et qui doit expirer avant la fin de la société.

Cette démonstration nous paraît décisive. Mais nous écarterons un argument qu'on pourrait être porté à invoquer en faveur de notre doctrine. Il y a dans beaucoup de sociétés *des actions de jouissance*. Personne n'en conteste le caractère licite. On serait tenté de dire que la personne qui, ayant fait un apport et prenant part à des bénéfices n'a aucun droit dans le fonds social, a, en quelque sorte, des actions de jouissance dès le début de la société. Cela serait inexact. Ceux qui ont des actions de jouissance ne perdent pas tout droit dans l'actif social. Si, après l'amortissement de toutes les actions, le fonds social n'est pas absorbé, ce qui reste est réparti entre tous les associés, sans distinction entre les actions de jouissance et les actions de capital. L'existence des actions de jouissance ne peut donc pas être invoquée dans notre espèce.

## § 2. — FAILLITE.

FAILLITE. — FEMME MARIÉE. — COMMERCE SÉPARÉ. — DOMICILE DISTINCT DU DOMICILE DU MARI. — COMPÉTENCE. — *Ch. civ. rej.* 12 juin 1883, *Journal des faillites*, 1883, p. 337.

La Chambre des requêtes a tranché une question fort délicate et nouvelle concernant le domicile de la femme mariée marchande publique et le tribunal compétent pour la déclarer en faillite.

L'art. 108, C. civ., dispose que *la femme mariée n'a pas d'autre domicile que celui de son mari*. Cela cesse-t-il d'être vrai

pour la femme mariée autorisée à faire le commerce conformément aux art. 220, C. civ. et 4, C. comm.? Personne ne conteste que la femme mariée marchande publique conserve, quant aux actes de la vie civile, son domicile au lieu où son mari a le sien. Mais si son établissement commercial se trouve dans un lieu différent, ne peut-elle pas, au point de vue de sa vie commerciale, avoir son domicile dans ce dernier endroit? La question peut se présenter au point de vue soit du tribunal compétent pour connaître des procès relatifs aux engagements commerciaux de la femme dans lesquels elle joue le rôle de défenderesse, soit du tribunal compétent pour la déclarer, s'il y a lieu, en faillite.

Jusqu'ici, la question ne s'était posée qu'au premier point de vue. La Cour de cassation, dans deux arrêts du 20 mai 1806 et du 1<sup>er</sup> mai 1823, a reconnu que le tribunal du lieu où une femme mariée marchande publique a son établissement commercial, est compétent pour connaître des demandes en paiement d'effets de commerce intentées contre elle. La Cour suprême a eu, pour la première fois en 1883, à résoudre la difficulté au second point de vue. La Chambre civile, par son arrêt de rejet du 12 juin 1883, a reconnu qu'une femme mariée marchande publique, peut, en tant que commerçante, acquérir un domicile distinct de celui de son mari, et elle en a conclu qu'en fait la femme dont il s'agissait ayant usé de cette faculté, le tribunal de son domicile commercial était seul compétent pour prononcer la déclaration de faillite.

Nous adhérons à cette solution; mais nous ne le faisons pas sans une certaine hésitation. Les arguments produits en sens contraire ont une grande force. Ils méritent d'être résumés.

L'art. 108, al. 1, C. civ., décide que la femme n'a point d'autre domicile que celui du mari. L'art. 438, C. comm., dispose que le tribunal compétent pour prononcer la déclaration de faillite, est celui du domicile du failli. Le rapprochement de ces deux articles paraît bien trancher la question dans le sens de la compétence du tribunal du domicile du mari. D'ailleurs, ce ne sont pas les textes seuls qui peuvent être invoqués en faveur de cette solution. Les principes généraux du droit viennent les corroborer. Le domicile de droit que la loi attribue à la femme mariée ne peut pas être modifié par elle; elle ne peut par sa volonté se choisir

un domicile distinct. On ne saurait objecter que le mari, autorisant sa femme à faire le commerce, lui confère par cela même le droit de prendre pour sa vie commerciale un domicile séparé. L'art. 108, C. civ. est une disposition impérative touchant à l'ordre public; les époux ne pourraient même pas y déroger dans leur contrat de mariage; il y a là une règle qui se rattache à la puissance maritale (art. 1388, C. civ.). Du reste, pour qu'il y ait changement de domicile, il faut qu'au fait du changement matériel se joigne l'intention (art. 103 à 105, C. civ.). La volonté de la femme de changer de domicile ne peut être prise en considération; car elle est subordonnée à celle du mari qui a le droit à tout instant de révoquer son autorisation.

Des partisans de cette doctrine paraissent avoir proposé une distinction. Ils reconnaissent qu'on peut admettre que la femme mariée marchande publique est justiciable du tribunal du lieu où elle fait le commerce, pour tous les actes relatifs à son négoce, mais ils refusent de décider que cette femme peut avoir un domicile distinct de son mari en tant que commerçante, domicile qui serait attributif de compétence au point de vue de la déclaration de faillite. Selon eux, on peut dire que les actes relatifs à son commerce faits par une femme mariée contiennent une élection tacite de domicile que le mari peut assurément autoriser et qu'il a autorisée effectivement une fois pour toutes, lorsqu'il a habilité sa femme à devenir marchande publique. Mais, comme il ne peut être question d'élection de domicile au point de vue du tribunal compétent pour déclarer la faillite, il faut s'attacher au domicile général de la femme qu'elle ne peut changer en tout ou en partie ni seule ni même avec l'autorisation de son mari.

Nous estimons, malgré ces arguments, que la femme mariée marchande publique peut avoir son domicile en qualité de commerçante dans le lieu où elle exerce son commerce et que le tribunal de ce lieu est compétent pour déclarer la faillite, à l'exclusion du tribunal du domicile conjugal.

Des considérations pratiques fort graves militent en faveur de cette opinion qui n'est contraire à aucun principe et peut même s'appuyer sur les règles spéciales relatives à la femme mariée commerçante.



Il est de l'intérêt commun des créanciers et de la femme en état de cessation de paiements que sa faillite soit déclarée par le tribunal dans le ressort duquel elle a exercé le commerce. C'est ce tribunal qui est le mieux placé pour statuer sur toutes les questions se rattachant à la faillite; c'est auprès de lui que l'actif du failli sera le mieux liquidé, c'est là que les créanciers pourront le plus facilement produire. Conçoit-on pratiquement que des créanciers soient tenus de venir procéder aux opérations de la faillite à Paris, parce que le mari y a son domicile, alors que la femme, leur débitrice, exerçait son commerce à une autre extrémité de France ou même dans une ville étrangère lointaine?

Mais les inconvénients pratiques du système opposé ne suffiraient certes pas pour le faire repousser, si le nôtre heurtait, comme on le prétend, quelque règle supérieure de droit. Aussi importe-t-il surtout d'examiner les principes que les partisans de l'opinion contraire invoquent contre nous.

L'art. 108, 1<sup>er</sup> al., C. civ., pose, dit-on, une règle d'ordre public à laquelle les époux ne peuvent déroger, parce qu'elle se rattache à la puissance maritale et qu'elle ne peut, par suite, être restreinte ou modifiée même dans le contrat de mariage (art. 1388). Il y a dans cette objection une part de vérité, mais en même temps une exagération. Il est vrai que les époux ne pourraient convenir d'une façon générale que la femme aura un domicile distinct de celui de son mari. Aussi, comme nous l'avons constaté, personne ne doute que la femme mariée même commerçante conserve pour tous les actes de la vie civile étrangers à son commerce le domicile de son mari. Mais la loi elle-même, en admettant que le mari peut par une autorisation générale habiliter sa femme à faire le commerce, paraît reconnaître qu'au point de vue de sa vie commerciale elle peut avoir un domicile distinct. Par suite de l'autorisation de son mari, la femme devient commerçante avec toutes les conséquences que cette qualité entraîne. Parmi elles se trouve, avec la faillite, l'attribution de compétence au tribunal du domicile du failli pour la déclaration de faillite et pour tous les procès qui en naissent (art. 438, C. comm. et 59 C. proc. civ.). Il serait singulier que, pour un état essentielle-

ment commercial comme la faillite, le domicile conjugal absorbat celui où la femme exerce un commerce.

Il faut d'ailleurs, remarquer que, bien que se rattachant à la puissance maritale, la disposition de l'art. 103, C. civ., n'a pas un caractère aussi absolu que d'autres dispositions de la même nature. C'est ainsi que, malgré le silence de la loi, l'on admet généralement que, par suite de la séparation de corps, la femme peut se choisir un domicile distinct de celui de son mari, alors que les autres effets de la puissance maritale subsistent à l'égard de la femme séparée.

Il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'objection tirée de ce que la femme ne peut avoir la volonté d'acquérir un domicile commercial distinct du domicile conjugal, parce que l'autorisation que lui a donnée son mari est toujours révocable. La femme peut avoir légalement l'intention de choisir un domicile séparé tant que son mari ne retire pas son autorisation. Le retrait de l'autorisation fait naturellement cesser, mais seulement pour l'avenir, les effets qu'elle avait produits.

On a donné une formule qui nous semble résumer très bien la condition légale de la femme mariée marchande publique : quant aux actes relatifs à son commerce, elle doit être traitée comme une femme non mariée. Il n'y a à ce principe que deux exceptions toutes spéciales : *a.* la femme dotale commerçante ne peut aliéner ses biens dotaux même pour les besoins de son commerce. *b.* La femme mariée marchande publique ne peut plaider sans autorisation (art. 7, C. comm. et 215, C. civ.).

FAILLITE. — RÉHABILITATION. — AUDIENCE SOLENNELLE. — NULLITÉ. — *Ch. et cass.* 6 novembre 1883, *Journal des faillites*, 1883, p. 1 et suiv.

Les demandes en réhabilitation des faillis sont portées devant la Cour d'appel qui statue sur elles (art. 610, C. com.). Mais la Cour doit-elle le faire en audience ordinaire ou en audience solennelle ? La question offre un certain intérêt pratique. Il est généralement reconnu que les dispositions fixant en quels cas les Cours statuent de l'une ou de l'autre façon sont d'ordre public, que la nullité qui résulte de leur inobservation ne peut être couverte par le consentement des intéressés, de telle sorte qu'un

arrêt de réhabilitation peut être cassé par suite d'une erreur commise à cet égard.

La difficulté s'élève à propos de l'art. 22 du décret du 30 mars 1808 qui prescrit de juger *en audience solennelle les contestations sur l'état civil des citoyens*. Il s'agit de savoir si la demande en réhabilitation peut être comprise sous cette dénomination. Dans l'espèce, la Cour de Paris avait statué en audience solennelle. Sur le pourvoi du failli, la Chambre civile a cassé l'arrêt ainsi rendu qui avait repoussé la demande en réhabilitation et a reconnu ainsi qu'une semblable demande ne constitue pas une contestation relative à l'état civil d'un citoyen. Il paraît que les Cours d'appel ont à cet égard des jurisprudences divergentes, les unes statuent en audience ordinaire et les autres en audience solennelle.

Nous croyons que la solution adoptée par la Cour suprême est seule exacte. La déclaration de faillite a sans doute des effets nombreux et variés; elle prive le failli de certains droits, le frappe d'incapacités d'ordre politique dont ne il peut être relevé que par la réhabilitation. Mais on ne saurait dire pourtant que la faillite modifie l'état civil du failli et qu'en conséquence la demande en réhabilitation est une contestation concernant l'état civil. Ni la nationalité, ni la filiation, ni même la capacité civile du failli n'est en jeu.

FAILLITE. — IMPUTATION DE PAIEMENTS. — Req. rej. 12 mars 1883, *Journal des faillites*, 1883, p. 147.

Le Code civil (art. 1253 à 1257), à propos du paiement, s'est occupé de déterminer sur quelle dette le paiement s'impute, lorsque le débiteur est tenu de plusieurs obligations distinctes envers le même créancier. Il laisse, en principe, aux parties le soin de régler elles-mêmes l'imputation, et, à défaut d'une volonté exprimée par elles à cet égard, il admet que l'imputation se fait parmi les dettes échues sur celle que le débiteur a le plus d'intérêt à acquitter. Il résulte notamment de cette dernière règle que, lorsqu'un débiteur est tenu d'une dette cautionnée et d'une autre qui ne l'est pas, l'imputation doit se faire sur la première, à moins quel es parties n'aient manifesté une volonté contraire.

Faut-il appliquer ces règles sur l'imputation des paiements

l'art. 1125, C. civ., qui n'admet pas que les personnes qui ont contracté avec un mineur puissent demander la nullité du contrat.

Cet argument spécieux n'est pas admissible. Aucune disposition de nos lois ne réserve d'une façon absolue au mineur seul le droit de se prévaloir de son incapacité. L'art. 1125 ne consacre cette règle qu'au point de vue de la nullité des contrats conclus par le mineur. Dans l'espèce, la femme (ou ses ayant-cause) n'invoquaient pas la nullité d'un acte fait par le mari mineur; ils se bornaient à dire que le mineur, n'ayant pas été dûment autorisé à faire le commerce, n'était pas commerçant et, par conséquent, n'était pas soumis aux règles spéciales de la faillite.

Les motifs bien connus qui font attribuer un caractère relatif à la nullité des actes du mineur n'ont aucune application dans ces circonstances. Les personnes qui contractent ensemble doivent se renseigner sur leur condition; si elles ne le font pas, elles sont coupables de négligence. *Nemo ignarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit*. On ne peut reprocher une négligence de ce genre à une femme dont le mari mineur fait le commerce sans y être dûment autorisé.

D'ailleurs qui pourrait se plaindre? Ce n'est pas le mari mineur; il a violé la loi. Ce ne sont pas non plus les créanciers du mari; sans doute ils souffrent de ce que l'hypothèque est exercée par la femme de leur débiteur sans restriction. Mais de deux choses l'une, ou ils ont su qu'ils entraient en relations avec un mineur faisant le commerce sans y être autorisé ou ils l'ont ignoré. Dans le premier cas, ils étaient de mauvaise foi; ils ne pouvaient compter sur l'application de l'art. 563, C. com. Dans le second cas, ils ne sont pas excusables d'avoir cru traiter avec un majeur ou un mineur régulièrement autorisé. Ils ne se sont pas renseignés sur la condition de leur débiteur. C'est à eux qu'on peut justement opposer l'adage : *Nemo ignarus esse debet*, etc.

### § 3. — QUESTIONS DIVERSES.

MAGASINS GÉNÉRAUX. — WARRANTS. — MARCHANDISES DÉPOSÉES DANS LES MAGASINS DE LEUR PROPRIÉTAIRE. — Req. 17 avril 1882, D. 1883. 1. 186.

La loi du 28 mai 1858 (modifiée en quelques points de détail

par la loi du 31 août 1870) a eu pour but général d'augmenter le crédit des commerçants en organisant les magasins généraux et en admettant la constitution en gage des marchandises déposées dans ces magasins au moyen de l'endossement du warrant délivré à leur propriétaire lors du dépôt effectué par lui.

Cette constitution de gage résulte-t-elle aussi de l'endossement du warrant, quand les marchandises ont été placées dans un local loué par le propriétaire même de ces marchandises ? La Chambre des requêtes admet la négative. Cette solution est d'une absolue justesse.

Lorsqu'un warrant est endossé, ce n'est pas cette sorte d'effet de commerce qui est engagé au créancier, bénéficiaire de l'endossement ; ce sont les marchandises que le warrant a pour objet, il s'agit donc d'un gage de choses corporelles<sup>1</sup>. En conséquence les marchandises doivent être mises en la possession du créancier gagiste, de façon à ce que les tiers soient avertis du privilège existant au profit de ce créancier et n'accordent pas au débiteur un crédit dont il ne doit pas jouir. La loi du 28 mai 1858 (art. 3), en décidant que l'endossement du warrant vaut nantissement de la marchandise au profit du cessionnaire du warrant, n'a pas, en réalité, dérogé à ces principes. D'un côté le magasin général depositaire ne pouvant délivrer les marchandises warrantées au déposant sans qu'il représente le warrant ou justifie du paiement du créancier, l'endossement du warrant met les marchandises à la disposition du cessionnaire, comme, par exemple, l'endossement du connaissement met les marchandises transportées par mer à la disposition de celui auquel il a été endossé. D'un autre côté, le public ne peut pas être induit en erreur sur l'existence du gage, par cela même qu'elles se trouvent déposées au Magasin général. Il y a là une application du principe selon lequel la condition de la détention peut être réalisée par une personne autre que le possesseur<sup>2</sup>.

Mais si le directeur du Magasin général consent à ce que les

<sup>1</sup> V. ci-après, (page 325), un arrêt de la Cour de Paris du 2 mars 1883, qui tire une autre conséquence de la même idée.

<sup>2</sup> *Possessionem acquirimus corpore et animo, animo utique nostro, corpore nostro et alieno.*

marchandises restent placées dans un local loué par le propriétaire de ces marchandises, les conditions grâce auxquelles la loi a pu admettre que l'endossement du warrant vaut nantissement font en réalité défaut. Le cessionnaire du warrant ne les a pas à sa disposition ; car le propriétaire des marchandises en conserve la détention. Par cela même, le public peut être induit en erreur et croire qu'elles n'ont été spécialement affectées à aucun créancier.

La Cour de Rennes, dans l'arrêt attaqué du 22 juillet 1881<sup>1</sup>, avait résolu une autre question qu'on peut formuler ainsi : l'endossement d'un warrant vaut-il nantissement alors que les marchandises ont été déposées dans des locaux annexes que l'arrêté (ou le décret) d'autorisation du Magasin général n'avait pas visés<sup>2</sup> ?

La Chambre des requêtes n'a pas statué sur cette question sur laquelle s'était prononcé l'arrêt contre lequel le pourvoi était formé. La Cour de Rennes a refusé de voir un nantissement dans l'endossement des warrants à raison de ce que les locaux dont il s'agissait n'ayant pas été compris dans le décret d'autorisation ne pouvaient avoir le caractère de magasins généraux et jouir des privilèges attachés à ces établissements officiellement reconnus. Non-seulement pour la Cour de Rennes les marchandises n'avaient pu, pour cette cause spéciale, être valablement warran-tées, mais encore elles n'avaient pu être l'objet d'un gage commercial valable, d'après les règles du Code civil et du Code de commerce.

Il est regrettable que la Chambre des requête n'ait pas résolu cette seconde question. Nous ne pouvons adhérer à la solution que la Cour de Rennes lui a donnée. Il paraît sans doute juste de reconnaître avec elle que le placement des marchandises dans des locaux non désignés dans l'arrêté autorisant l'ouverture des magasins généraux, ne vaut pas constitution de gage en vertu de la loi de 1858. La loi du 28 mai 1858 est une loi spéciale et toutes ses dispositions sont de droit étroit. Mais il nous est impossible de voir comment le lieu dans lequel les marchan-

<sup>1</sup> Dalloz, 1882. 2. 211.

<sup>2</sup> Un décret était nécessaire pour l'ouverture d'un magasin général, en vertu de la loi du 28 mai 1858 (art. 1). Un arrêté préfectoral suffit d'après la loi du 31 août 1870.

dises ont été placées (dès l'instant où elles ne sont pas restées en la possession du débiteur) peut empêcher qu'il y ait un gage commercial dans les termes du droit commun. Aucune objection ne peut être tirée de ce que le créancier gagiste en pareil cas ne détient pas les marchandises. Il ne faut pas oublier, comme nous l'avons dit plus haut, que les choses données en gage peuvent être détenues par un tiers pour le compte du créancier gagiste (art. 2076, C. civ.). On ne peut pas non plus prétendre, selon nous, que le titre représentant les marchandises données en gage ne peut être à ordre en soutenant que les warrants délivrés par les magasins généraux seuls peuvent être transmissibles par endossement. La clause à ordre peut, en général, être insérée dans tous les titres en dehors même de ceux pour lesquels la loi l'a autorisée expressément <sup>1</sup>.

PRÊT SUR GAGE. — MAISON DE PRÊTS. — RÉCÉPISSÉS ET WARRANTS. — Cour de Paris, 1<sup>er</sup> mars 1883, *Journal du Palais*, 1883, p. 902.

Le prêt sur gage est en lui-même un acte licite. Le législateur le voit même d'un œil particulièrement favorable dans les relations de la vie commerciale. C'est un moyen puissant pour le commerçant, non-seulement de sortir d'une situation embarrassée, mais encore d'activer et d'étendre ses opérations. Pour faciliter le prêt sur gage, la loi a simplifié les formes de la constitution et de la réalisation du gage commercial, elle a organisé les magasins généraux. Mais le Code pénal (art. 441) n'en interdit et n'en punit pas moins, sous la réserve du privilège des établissements autorisés, toute ouverture ou tenue d'une maison de prêts sur gages. La jurisprudence <sup>2</sup> applique toutefois les dispositions du Code pénal exclusivement à ceux qui se livrent aux prêts sur nantissement de choses mobilières corporelles et non à ceux qui font profession de prêter sur des rentes, actions, obligations, etc., ou sur les titres qui en constatent l'existence. C'est ainsi qu'aujourd'hui un grand nombre de maisons de banque de toutes sortes font des *avances sur titres* sans aucune autorisation administrative.

<sup>1</sup> Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, I, n° 634.

<sup>2</sup> Cass. 19 mai 1876, *J. Pal.* 1876. 799. S. 1876. 1. 335; Alger, 17 mars 1877, P. 1877. 739, S. 1877. 2. 180.

Cette distinction faite par la jurisprudence entre le gage des choses corporelles et celui des choses incorporelles, au point de vue de l'application de l'art. 411, C. pénal, a donné lieu à la question suivante : l'individu qui fait profession de prêter sur des *warrants* ou *récépissés* de marchandises déposées dans des magasins généraux, commet-il le délit prévu et réprimé par cet article ? On pourrait être tenté (et cela a été soutenu) d'écarter l'art. 411, C. pénal, en disant que de semblables prêts sont faits sur des choses incorporelles ou sur des titres qui les représentent, que les *warrants* ou *récépissés* constatent le droit du déposant contre le magasin général dépositaire. Mais ce serait là une erreur. Nous l'avons dit plus haut, le *warrant* (et il en est de même du *récépissé*) représente la marchandise déposée elle-même que le magasin général détient pour le compte du bénéficiaire de l'endossement. Le délit de tenue d'une maison de prêts sur gage existe, que le prévenu ait reçu et conservé chez lui les objets qui lui étaient donnés en nantissement ou qu'il ait prêté habituellement sur des *warrants* et des *récépissés* mettant à sa disposition des marchandises déposées dans des magasins généraux. Dans ce dernier cas, il y a constitution en gage de choses corporelles avec cette seule particularité qu'un tiers (le magasin général) détient le gage pour le compte du créancier gagiste.

JEUX DE BOURSE. — COUVERTURE. — Req. 27 novembre 1882, D. 1883. 1. 199.  
— Besançon, 27 décembre 1882, D. 1882. 2. 81.

Les agents de change qui se chargent de faire pour leurs clients des marchés à terme, se font remettre généralement par eux des titres ou des sommes, afin d'être prémunis dans une certaine mesure contre les pertes qu'ils peuvent éprouver, si les variations des cours rendent leurs clients débiteurs de sommes importantes. On a toujours beaucoup discuté sur la nature de ces *couvertures*. Leur remise constitue-t-elle soit un paiement ou une dation en paiement, soit une constitution de gage ? La question offre à plusieurs points de vue un intérêt pratique fort grand<sup>1</sup>. On dit généralement qu'elle en présente particulièrement lorsqu'il est

<sup>1</sup> V. Ch. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, tome I, n° 1525 bis.



reconnu que, sous la fausse qualification de marché à terme, les parties ont déguisé un pari sur la différence des cours. S'il y a paiement, dit-on, la répétition n'est pas possible de la part du perdant; l'art. 1967, C. civ. est formel. S'il y a gage, la répétition est admise; on ne peut constituer un gage valable pour garantir une dette de jeu. La Chambre des requêtes admet complètement cette manière de voir. Elle reconnaît que la Cour de Paris dont l'arrêt était attaqué, avait pu décider qu'il y avait eu un paiement anticipé et que, par conséquent, la répétition de la couverture n'était pas possible.

Nous considérons que cette doctrine est à la fois fautive et dangereuse. Le législateur refuse la répétition en cas de paiement volontaire d'une dette de jeu, parce qu'il ne veut pas que les tribunaux aient à s'occuper des dettes de jeu, et surtout parce qu'il considère comme un malhonnête homme celui qui ayant payé prétend répéter. Mais ce dernier motif n'est exact que lorsque le paiement a été fait en connaissance de cause et avec une entière liberté. Cela se présente bien quand un paiement suit la perte éprouvée dans une opération constituant un jeu. Mais il n'en est pas ainsi du paiement anticipé : la passion qui excite le spéculateur de bourse à parier sur les différences des cours le détermine à remettre une couverture à son agent de change<sup>4</sup>. On peut d'autant moins dire que cette remise a été volontaire, que presque toujours un agent de change refuse de se charger d'opérations à terme sans avoir reçu une couverture.

TITRES AU PORTEUR FRAPPÉS D'OPPOSITION. — RESPONSABILITÉ. — INTERMÉDIAIRES AUTRES QUE DES AGENTS DE CHANGE. — Nancy, 3 juin 1882, D. 1883. 2. 104.

La loi du 15 juin 1872, qui a cherché à restituer les propriétaires de titres au porteur perdus ou volés contre les conséquences de la perte ou du vol, a dû statuer sur la responsabilité des agents de change qui négocient des titres perdus ou volés que leur propriétaire revendique. Cette responsabilité est encourue soit par l'agent de change vendeur envers le propriétaire des titres qui ne retrouve

<sup>4</sup> La jurisprudence est, en général, contraire à notre opinion. Mais on peut citer en sa faveur quelques arrêts isolés, spécialement un arrêt de la Cour de Bordeaux du 15 juin 1857, Sir., 1857. 2. 733.

pas l'acheteur ou ne veut pas s'en prendre à lui, soit par l'agent de change acheteur envers son client évincé. Elle a lieu seulement quand une opposition a été signifiée personnellement à l'agent de change qui a négocié les titres, ou quand les numéros des titres avaient été publiés au Bulletin officiel des oppositions avant la négociation (L. 15 juin 1872, art. 12).

Faut il appliquer ces dispositions à toute les personnes qui interviennent dans la négociation de titres perdus ou volés ? La question peut s'élever dans des hypothèses très variées. On conçoit qu'elle se pose pour les changeurs qui s'occupent souvent des ventes de titres au porteur. Dans l'espèce soumise à la Cour de Nancy, elle s'élevait à l'égard d'un Trésorier payeur général qui avait été chargé de faire vendre, par l'intermédiaire d'un agent de change, les titres perdus ou volés.

La Cour de Nancy n'admet pas avec raison l'application de l'art. 12 de la loi du 15 juin 1872 à d'autres personnes qu'aux agents de change. Cette disposition déroge au droit commun en restreignant la responsabilité des agents de change à deux cas, et en présumant leur faute par cela seul qu'ils négocient des titres dont les numéros ont été insérés au Bulletin officiel des oppositions. Toutes autres personnes doivent être déclarées responsables par cela seul qu'une faute est prouvée à leur charge. Elles le seraient s'il était démontré qu'en fait elles ont connu l'opposition, encore qu'elle ne leur eût pas été notifiée personnellement et n'eût pas été mentionnée au Bulletin officiel des oppositions. A l'inverse toute autre personne qu'un agent de change ne devrait par répondre du dommage causé par la négociation malgré l'insertion faite au Bulletin officiel, si elle n'en avait pas eu connaissance et que, par suite, il n'y eût aucune faute à lui reprocher. En d'autres termes, pour les personnes autres que les agents de change qui participent à la négociation de valeurs mobilières au porteur, le droit commun (art. 1382 et 1383, C. civ.) doit être appliqué, à l'exclusion des dispositions spéciales de la loi du 15 juin 1872. *Exceptiones sunt strictissimæ interpretationis.*

COMPÉTENCE COMMERCIALE. — AGRÉÉ. — Douai, 4 janvier 1882, D. 1883. 2. 136.

Des procès s'élèvent assez fréquemment entre les agréés et les

clients qui les ont chargés de les représenter devant le tribunal de commerce. Quel est le tribunal compétent pour en connaître, est-ce le tribunal civil ou le tribunal de commerce? La question peut se poser soit quand l'agréé est demandeur, soit quand il est défendeur. Dans l'espèce soumise à la Cour de Douai, l'agréé était défendeur. Son client l'actionnait en dommages-intérêts à raison de ce que l'agréé avait choisi un huissier qui par sa négligence avait occasionné la nullité d'une assignation. Mais il est indispensable pour examiner la difficulté dans toute son étendue de s'occuper aussi du cas inverse. La question peut être ainsi posée : Quel est le caractère juridique (civil ou commercial) du mandat donné par un client à son agréé à l'égard soit de l'un, soit de l'autre ?

Nous croyons que le mandat est commercial à l'égard de l'agréé. L'agréé est un agent d'affaires et l'art. 632 du Code de commerce range parmi les actes de commerce *l'entreprise d'agence d'affaires*. Il est vrai qu'en principe l'agréé ne reçoit que des mandats *ad litem*, et qu'il est, à la différence des agents d'affaires en général, recommandé aux plaideurs par le tribunal de commerce. Mais qu'importe? Il n'y a pas là des circonstances devant faire écarter l'application de l'art. 632, C. comm. Cet article n'exige point que l'agent d'affaires, pour faire acte de commerce, s'occupe de toutes sortes d'opérations, et l'on ne voit pas comment la recommandation du tribunal de commerce pourrait modifier le caractère juridique du contrat intervenu entre l'agréé et son client.

Mais, à l'égard du client de l'agréé, on ne saurait reconnaître d'une façon absolue au mandat un caractère commercial. Il ne peut l'avoir qu'en vertu de la théorie dite de l'accessoire. Il est généralement reconnu que toutes les opérations ou actes faits par un commerçant pour les besoins de son commerce, sont des actes de commerce, lors même qu'ils ne constituent pas l'exercice de sa profession. En conséquence, toutes les fois qu'un commerçant donne mandat à un agréé de le représenter dans un procès relatif soit à un acte de sa profession, soit à un acte fait pour les besoins de celle-ci, le mandat est commercial pour le mandant lui-même. Dans tout autre cas, il a un caractère civil.

La jurisprudence admet généralement notre opinion sur le second point: mais sur le premier la doctrine la plus générale est opposée à la nôtre, et la Cour de Douai l'a condamnée dans un arrêt du 4 janvier 1882. Elle donne sa solution sans la motiver; elle se borne à affirmer que les agréés ne sont pas des commerçants, que le mandat qu'ils reçoivent d'un commerçant, à l'effet de le représenter devant la juridiction consulaire, ne saurait affecter à leur égard un caractère commercial.

A propos de cette question de compétence, nous croyons devoir mentionner une affirmation contenue dans une circulaire récente (du 5 avril 1884) de M. le Préfet de la Seine. On sait que la loi du 8 décembre 1883 appliquant le principe du suffrage universel aux tribunaux de commerce, a décidé qu'ils seront élus par les commerçants patentés depuis cinq ans au moins. Les listes électorales doivent être dressées dans le cours même de l'année 1884. Pour diriger les maires dans la confection de ces listes, les préfets ont dû leur envoyer des circulaires spéciales. Le Préfet de la Seine indique notamment dans la sienne que tout patenté ne doit pas être inscrit sur la liste électorale; les commerçants seuls sont électeurs et il est des personnes qui paient patente sans être commerçants. Parmi elles la circulaire préfectorale cite à côté des médecins, des notaires, etc... *les agents d'affaires et les agréés*. Nous avons peine à comprendre l'exclusion des personnes des deux dernières catégories. Elle nous paraît condamnée par les dispositions du Code de commerce. *L'entreprise d'agence d'affaires* est rangé par l'art. 632 au nombre des actes commerciaux. Comment alors celui qui dirige une entreprise de ce genre ne serait-il pas commerçant? N'est-il donc pas généralement reconnu qu'en vertu de l'art. 1, C. comm., combiné avec les art. 632 et suiv., toute personne qui fait des actes énumérés dans ces derniers articles sa profession habituelle, est commerçant? Pourquoi ferait-on à cet égard une exception pour les agents d'affaires? Aucun argument juridique ne saurait être produit en faveur de l'affirmative. Nous avons souvent entendu dire à des adversaires de l'application aux tribunaux de commerce du principe du suffrage universel: « avec l'extension du droit électoral, on arrivera à avoir des tribu-

« naux de commerce composés d'agents d'affaires. » Cette critique elle-même prouve bien que ceux qui la font admettent qu'en leur qualité de commerçants, les agents d'affaires doivent être compris parmi les électeurs des juges consulaires, et, par conséquent, peuvent être élus, puisqu'en principe tout électeur est éligible. L'inconvénient signalé aurait pu faire admettre une exception au principe du suffrage universel en ce qui concerne les agents d'affaires. Mais une disposition expresse de la loi aurait été indispensable pour cela.

TAUX DE L'INTÉRÊT. — BONS OU OBLIGATIONS A PRIMES ÉMIS PAR LES SOCIÉTÉS. —  
Ch. civ. rej. 18 avril 1883, *Journal du Palais*, 1883, p. 929.

Les obligations à primes émises par les sociétés, les départements et les villes sont devenues très nombreuses. Des questions de droit souvent très délicates sont nées à leur occasion. On a beaucoup discuté notamment sur le point de savoir si la loi du 3 septembre 1807 limitative du taux de l'intérêt est applicable aux émissions d'obligations à primes.

Cette question est, en réalité, double. Les obligations dont il s'agit, confèrent, en général, aux obligataires deux avantages : *a.* Ils ont droit à un intérêt fixe de leur argent ; *b.* A une date déterminée par le sort, chaque obligataire reçoit une prime, c'est-à-dire une certaine somme en sus de celle qui a été versée pour chaque obligation, lors de l'émission de l'emprunt. De là deux difficultés qu'il faut soigneusement distinguer. *a.* L'intérêt fixe payable annuellement aux obligataires peut-il dépasser 6 p. 0/0 ? *b.* Si cet intérêt considéré isolément n'excède pas ce taux, faut-il que la prime jointe à l'intérêt touché par chaque obligataire ne représente pas plus de 6 p. 0/0 ? En d'autres termes, la loi de 1807 s'applique-t-elle aux primes d'obligations ?

La seconde difficulté a été bien souvent traitée <sup>1</sup>. La Chambre civile, dans son arrêt du 18 avril 1883, ne l'a pas résolue, et notre intention n'est pas de l'examiner non plus. La Chambre civile a,

<sup>1</sup> On consultera avec profit, sur toutes les questions relatives aux obligations à primes, l'excellente brochure de notre savant collègue, M. Lecourtois, intitulée : *Le remboursement anticipé des obligations des Compagnies de chemins de fer.*

au contraire, résolu la première question. Sa décision a une importance considérable; elle n'avait pas encore statué sur ce point.

L'arrêt du 18 avril 1883 déclare que la loi du 3 septembre 1807 ne s'applique pas aux obligations émises par les sociétés. L'unique raison donnée par lui, c'est que le contrat intervenu entre la société et les obligataires n'est pas un prêt ordinaire, mais un contrat d'une nature spéciale participant à la fois du prêt à intérêt et des contrats aléatoires.

Il nous est impossible d'adhérer à cette solution. Nous considérons que la loi de 1807 doit être appliquée aux obligations à primes émises par les sociétés, au moins quant à l'intérêt annuel payable aux obligataires.

Il est vrai que l'intérêt maximum n'est pas fixé par la loi pour les prêts aléatoires et généralement pour toutes les opérations ayant ce caractère. C'est là ce qui, sauf dans la législation de Justinien <sup>1</sup>, a toujours été admis, notamment pour le prêt à la grosse et pour la rente viagère (art. 1976 C. civ.). On ne saurait dire que les émissions d'obligations émises pour les sociétés et remboursables dans une longue période de temps forment des contrats *aléatoires* entre les sociétés et les prêteurs. Il est vrai que les obligataires courent, en général, d'assez grands risques à raison de la nature des opérations auxquelles les sociétés se livrent. Il est vrai aussi que l'époque précise du remboursement est inconnue par avance pour chacune des obligations, c'est le sort qui la détermine. Mais ni l'une ni l'autre de ces circonstances ne peut faire donner au prêt dont il s'agit la qualification d'aléatoire.

La seconde est absolument insignifiante. Elle n'affecte que la paiement de la dette. Personne n'a jamais soutenu qu'un prêt soit aléatoire, par cela seul que l'époque du remboursement est indéterminée.

La première a plus d'importance. Mais c'est par suite d'une confusion, qu'en s'y attachant, on peut qualifier de prêt aléatoire l'émission par les sociétés d'obligations remboursables à long terme.

Dans la langue vulgaire, on dit d'une opération qu'elle est aléatoire par cela seul que les personnes qui y interviennent

<sup>1</sup> V. Dig. L. 5, XXII. 1. *De usuris*. — Code de Justinien, L. 27, IV. 32.

courent de grands risques. En ce sens, il n'est pas douteux que les obligataires font une opération aléatoire en souscrivant des obligations. Ils risquent de n'être pas remboursés, et cela d'autant plus que le remboursement doit se faire en un plus grand nombre d'années et que les opérations de la société sont plus hasardeuses.

Mais, dans la langue du droit, la qualification d'*aléatoire* se prend dans une acception plus précise et toute différente. On ne qualifie ainsi que les contrats dans lesquels la réalisation d'un événement incertain peut soit faire naître, soit éteindre une créance qui n'existerait pas ou qui ne subsisterait pas sans cela. Ainsi un prêt ne peut recevoir en droit la qualification d'aléatoire qu'autant qu'un événement incertain doit avoir pour effet d'empêcher de naître ou d'éteindre la créance du prêteur. Tel est bien le caractère, par exemple, du prêt à la grosse. Mais tel n'est pas celui des prêts faits aux sociétés qui émettent des obligations. Le droit des obligataires au remboursement subsiste à tout événement; un obstacle de fait à son exercice peut seulement provenir de l'état des affaires sociales. Cela n'a rien de particulier; c'est, dans tous les prêts, la conséquence de l'insolvabilité de l'emprunteur.

Le système que nous soutenons ne donne lieu à aucune incertitude. De deux choses l'une, ou la créance doit subsister dans tous les cas, ou elle est soumise à une chance de perte. Dans le premier cas, le contrat n'est pas aléatoire, la loi de 1807, y limite le taux de l'intérêt; dans le second, il est aléatoire et le risque que court le créancier de perdre sa créance justifie la liberté du taux de l'intérêt. Quant au système opposé, il est de nature à donner lieu à des difficultés sans nombre et paraît contraire aux idées du législateur de 1807. Si le prêt est aléatoire dans le sens légal dès que les risques sont exceptionnels pour le prêteur, on est conduit à reconnaître au juge le pouvoir d'apprécier s'ils sont assez grands pour que le prêt échappe à la limitation du taux de l'intérêt. On heurte ainsi de front cette idée qui domine la loi de 1807 et suivant laquelle le taux de l'intérêt ne doit pas varier avec les risques courus, sauf la différence faite par la loi elle-même entre les matières civiles et les matières commerciales.

En critiquant la décision de la Chambre civile, nous nous plaçons exclusivement au point de vue de l'interprétation des lois en vigueur. Nous n'entendons pas méconnaître les considérations pratiques et économiques qui peuvent être invoquées en faveur de la doctrine de la Cour suprême. Ces considérations prouvent seulement qu'il y aurait grande utilité de modifier la loi de 1807, au moins en matière commerciale. Mais, au point de vue même de l'amélioration de nos lois, nous regrettons l'arrêt de la Chambre civile. Le meilleur moyen pour les tribunaux d'amener le législateur à mettre des lois surannées en concordance avec les nouveaux besoins de la pratique et les saines idées économiques est, non de tourner les lois, mais d'en tirer les conséquences logiques et nécessaires qui font comprendre, par leurs inconvénients mêmes, la nécessité de modifications législatives.

CH. LYON-CAEN.

---

### UN SINGULIER CONTRASTE.

---

#### L'EXAGÉRATION DES VALEURS ASSURÉES,

Par M. Alfred DE COURCY.

Le 6 février dernier, la Chambre des Communes d'Angleterre ordonnait l'impression d'un projet de loi présenté par M. Chamberlain, membre considérable du Cabinet et président du BOARD OF TRADE. Le projet est intitulé : *Un Bill pour augmenter la sécurité de la vie et de la propriété sur mer.*

« A Bill to provide for the greater Security of Life and Property at sea. »

C'est à ce point de vue élevé, humanitaire, que M. Chamberlain, continuant l'œuvre de M. Plimsol, se place tout d'abord, pour proposer de restreindre la liberté des conventions. Il s'agit de protéger la propriété menacée, de protéger surtout la vie des marins et des passagers, exposée à de trop grands périls par les abus de la liberté.

La publication de ce bill a donné le signal d'une très vive agitation parmi toutes les classes de la population qu'intéressent les



choses du commerce maritime. On peut dire qu'en Angleterre c'est la nation tout entière. Elle a soulevé particulièrement les protestations violentes des armateurs, et déterminé une sorte de révolte de l'opinion contre le ministère.

En France, un projet de loi, affichant de moins hautes prétentions et modifiant quelques points de notre législation maritime, se trouve soumis aussi au Parlement. Il est sorti des vœux d'une commission extra-parlementaire nommée en 1873 et dont j'avais l'honneur de faire partie. Formulé par le Conseil d'État, il a été successivement amendé par le Sénat et par la Chambre des députés. Depuis plus de dix ans il est ainsi ballotté entre les pouvoirs publics, sans parvenir à un vote définitif; cela se passe au milieu de la plus complète indifférence du pays, et, ce qui est étrange, des intéressés eux-mêmes. Il y a cependant, quelque part en France, des négociants, des navigateurs et des assureurs. Presque tous ignorent l'état de la question, et personne ne s'agit pour hâter une solution tant différée. Il y a un ministre du Commerce et un ministre de la Marine, des Chambres de commerce, des députés des ports de mer, et, dans ces ports, des journaux. Nul ne s'avise de témoigner la moindre impatience.

Je suis un des rares Français connaissant les vicissitudes du projet, un des Français plus rares encore sachant pourquoi il n'a boutit pas. Dans les Commissions instituées par les deux Chambres, certains avocats et professeurs de droit se sont passionnés à froid pour des conflits de rédaction où ils voient des conflits de doctrines. Des deux côtés on s'obstine. La Chambre des députés ne veut pas céder au Sénat, ce qui est assez son habitude. Le Sénat, plus accoutumé à la condescendance, se regimbe à son tour. Grâce à l'indifférence publique, il trouve bonne l'occasion d'affirmer son indépendance, avec plus de hauteur que d'héroïsme. Pendant ce temps, les Parlements se renouvellent et les ministres changent; le nouveau ministre n'est pas pressé d'étudier des questions dont il n'a jamais su le premier mot, pour se prononcer entre les obstinations des jurisconsultes du Sénat et des avocats de la Chambre des députés. Cela pourra bien durer ainsi une dizaine d'années encore.

Ce qui serait très curieux serait que le projet français et le bill

anglais se trouvassent votés en même temps. Ils procèdent d'inspirations absolument contraires. En France, on propose d'étendre la liberté des assurances, — et l'on invoque l'exemple de l'Angleterre, — tandis qu'en Angleterre on propose de restreindre étroitement la liberté des assurances, — et l'on invoque l'exemple de la France.

Voici le point précis sur lequel portent ces efforts, bizarrement contradictoires.

L'article 347 de notre Code de commerce s'exprime comme suit :

- « Le contrat d'assurance est nul s'il a pour objet :
- « Le fret des marchandises existant à bord du navire,
- « Le profit espéré des marchandises,
- « Les loyers des gens de mer. »

Je prie le lecteur de bien remarquer l'expression : « Le contrat d'assurance *est nul*. » Ce n'est pas une prohibition et la loi ne prononce aucune pénalité quelconque. Seulement elle n'accorde pas d'action coercitive pour l'exécution d'engagements qu'elle déclare nuls et dont par conséquent les tribunaux, en cas de contestations, n'auront pas le droit de connaître. Les tribunaux saisis ne pourraient qu'éconduire les parties en constatant la nullité du contrat.

C'est tout à fait semblable à la disposition de l'art. 1965 du Code civil :

- « La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari. »

Il n'est pas davantage prononcé de pénalités contre les joueurs ni les parieurs. Le jeu et les paris ne sont pas des délits. Ceux qui s'y livrent sont simplement avertis de ne pas compter sur la protection de la loi.

Je trouve très important de signaler cette identité des inspirations et des conclusions du législateur de droit commun et du législateur commercial. L'assurance du fret, des autres bénéfices, des salaires n'est pas plus délictueuse que le jeu ou le pari. Elle est elle-même un pari. Les conséquences qu'a eues cette législation sur l'opinion et les mœurs sont encore identiques. Les polices d'assurance sur fret ou bénéfices sont appelées des polices d'hon-

neur. Les dettes de jeu sont appelées des dettes d'honneur. Si les unes ou les autres donnent lieu à des litiges, ces litiges ne pouvant pas être déférés aux tribunaux sont jugés par des arbitres, lesquels composent un tribunal d'honneur dont l'honneur des parties s'engage à respecter la décision. Le litige lui-même n'a rien de déshonorant, non plus que le contrat aléatoire qui lui a donné lieu. Ce qui serait déshonorant serait de ne pas accepter un arbitrage et d'opposer la nullité de la loi pour se dispenser de payer ses dettes.

Je remarque encore que, dans les tribunaux d'honneur institués par des compromis pour juger les litiges des assurances sur fret ou bénéfiques, on a très souvent appelé des avocats, des jurisconsultes de profession. Je n'ai jamais vu qu'un jurisconsulte ait refusé d'y siéger en alléguant que ce serait outrager la loi. Je n'ai jamais ouï dire que des règlements disciplinaires aient défendu aux avocats de connaître de ces litiges. Les sentences rendues, qui forment une sorte de jurisprudence, sont motivées, comme tous les jugements, sur les circonstances de fait, les principes spéciaux du droit maritime et les règles générales de l'interprétation des conventions. Il est seulement réputé que l'art. 347 du Code de commerce, qu'on s'est interdit d'invoquer, n'existe pas.

Dé même, devant les arbitres d'honneur qui statuent en dernier ressort sur les litiges du jeu, il est réputé que l'art. 1965 du Code civil n'existe pas.

Ce n'est pas le lieu de traiter la question générale de l'article 1965. Je suis arrivé, par l'observation des mœurs, à la conviction qu'il convient d'abroger cet article et de rendre justiciables des tribunaux tous les engagements des citoyens majeurs, maîtres de leurs actions. Il est manifeste que l'article a complètement manqué son but, qui est de faire obstacle à la passion du jeu. En revanche, il a produit deux résultats qu'il ne visait pas, tous deux déplorables et plus immoraux par leurs conséquences que le jeu lui-même. L'un est de n'offrir d'asile qu'à la mauvaise foi qui refuse de payer la dette. L'autre est d'avoir créé le funeste préjugé des dettes d'honneur, par suite duquel la dette la moins honorable devient la plus sacrée.

Je me renferme dans l'examen de l'article 347 du Code de  
XIII.

commerce. Il a pareillement manqué son but, puisque les assurances sur fret et bénéfices se traitent aussi couramment que si l'article était abrogé. Il a pareillement offert à la mauvaise foi un asile inviolable.

Aussi me suis-je constamment prononcé pour l'abrogation de cet article. Dès 1863, en publiant un livre intitulé, *D'une réforme internationale du droit maritime*, je m'exprimais comme suit : « Les lois ne sont pas faites pour être constamment violées « ou éludées... Il y a en cette matière un usage qu'il faut rendre « légitime et un abus qu'il faut réprimer... Il devrait être licite « d'assurer le fret net, il devrait être interdit d'assurer le fret « brut... Quant au bénéfice espéré des marchandises, il ne « s'agit aussi que de distinguer l'abus de l'usage. »

En 1867, je fus appelé par M. Béhic, ministre du commerce, à concourir aux travaux d'une commission chargée de préparer la révision de tout le livre II du Code de commerce. Nos travaux, qui ont duré trois ans, ont abouti à un projet complet. Dans l'article 351, destiné à prendre la place de l'art. 334 actuel, nous écrivions expressément : « L'assurance peut avoir pour objet le navire, « les marchandises, le fret, le profit espéré, etc. » Enfin, dans la commission de 1873, dont j'ai déjà parlé, je m'associais, de nouveau, au vœu d'où est sorti le projet de loi présentement soumis à notre Parlement.

Serait-ce donc que je méconusse le danger, le désordre, l'immoralité des assurances exagérées ? Non pas certes. Combien de fois n'ai-je pas signalé ce danger avec insistance, et avec une sorte de violence ! Je suis allé plus loin. J'ai déclaré que l'assurance, même lorsque la somme assurée n'est pas exagérée, a le grave inconvénient, en supprimant l'intérêt à la conservation, de diminuer les précautions et d'engendrer l'incurie. Revenant sur ces idées dans une publication toute récente, *la Philosophie de l'assurance*, j'écrivais : « Le grief propre que j'articule con- « tre l'institution des assurances, l'infirmité spéciale que je « lui reconnais est de supprimer l'intérêt à la conservation des « choses, par là de favoriser les incuries et de multiplier les ac- « cidents. Il est notoire, par exemple, que les navires assurés se « perdent plus que ceux qui ne le sont pas. Ceux-ci sont armés

« avec plus de soin, réparés avec plus de vigilance, commandés  
« avec plus de prudence. *Combien d'équipages ont péri, parce*  
« *que le navire qu'ils montaient étant assuré, l'intérêt à la con-*  
« *serva-tion avait disparu !... Quand de plus l'assurance a ce ré-*  
« *sultat, qu'elle a trop souvent, d'être une source de profit, je*  
« *déclare qu'elle est une institution désordonnée. »*

Comment donc ai-je été amené à proposer l'abrogation de l'article 347 du Code commerce ? Je l'ai déjà dit, c'est à cause de complète sa inefficacité. Il est éludé, dans la pratique, par les polices d'honneur.

Ici l'on pourrait être tenté, au lieu de l'abroger, de le fortifier au contraire par une sanction, de substituer une prohibition à une simple déclaration de nullité, de faire des polices d'honneur des délits ou des contraventions, réprimés par des pénalités sévères. On verra tout à l'heure que c'est un peu le projet anglais.

Ce serait encore le plus souvent inefficace, très souvent injuste et oppressif.

Inefficace, ai-je dit. En effet, la police d'honneur n'est pas le seul moyen d'éluder l'art. 347. Il y en a un autre plus sûr et plus fréquemment employé.

Les art. 332, 339, 358 du Code de commerce permettent expressément de déterminer par le contrat la valeur ou l'estimation des choses assurées, et c'est la pratique la plus générale. Il est donc extrêmement facile de comprendre un bénéfice dans l'estimation, ce qui est l'usage de tous les négociants. Par là on échappe à la nullité de l'article 347, et la vérité est que nos tribunaux, sans s'embarrasser de cet article, jugent tous les jours les litiges d'assurances comprenant, au moyen de l'estimation, un bénéfice considérable qu'on ne se donne même pas la peine de cacher. Si l'assureur s'avise de contester, après le sinistre, l'estimation qu'il avait agréée, il est accueilli avec une extrême défaveur, il est accusé de manquer de loyauté. Les tribunaux le rappellent durement au respect de ses engagements. La loi a bien prévu les cas de *dol* ou de *froude* dans l'estimation (art. 357 et 358), en les réprimant par la nullité même du contrat tout entier, et non pas par la simple réduction de l'assurance à la vraie valeur des choses. Ce n'est pas un dol ni une fraude que de com-

prendre, suivant l'usage général, un bénéfice dans l'estimation, et, à moins d'une friponnerie démontrée, les tribunaux n'iront jamais, pour quelque exagération de valeur, exonérer les assureurs d'une perte.

Je suppose qu'un négociant, poussant la sincérité jusqu'au scrupule, fasse assurer :

Par une première police, 100,000 francs, valeur vraie, prix coûtant de son navire ou de sa marchandise ;

Par une seconde police d'honneur, dérogeant à l'art. 347 du Code de commerce, 20,000 francs sur le fret ou le bénéfice espéré.

Viennent le sinistre et une contestation, il n'y a pas un tribunal en France qui ne refuse d'en connaître en ce qui touche la seconde police. Mais que le même négociant fasse assurer 120,000 fr. valeur agréée du même navire ou de la même marchandise, le même tribunal connaîtra de la contestation tout entière. Bien plus, si l'assureur oppose que la somme comprend un bénéfice, il ne sera pas écouté, il sera sévèrement traité par le jugement qui le condamnera, à moins qu'on ne démontre des faits dolosifs ou frauduleux, ce qui est la rare exception.

On voit si une législation qui a ce résultat, qu'un article invite à en éluder un autre, mérite d'être conservée.

J'ai ajouté que la prohibition serait très souvent injuste et oppressive. Voici un armateur qui, possédant un grand nombre de navires, a l'habitude de ne pas les faire assurer. J'en citerais de fréquents exemples, parmi les sociétés d'armement. Il a le désir de faire assurer le fret. Je défie qu'on découvre une raison quelconque pour le lui interdire. Voici un négociant qui a payé 300,000 francs une cargaison de cafés. Une hausse considérable se produit sur le cours de cette denrée. La cargaison, qui est en mer, vaut 400,000 francs. Je défie encore qu'on découvre une bonne raison pour interdire d'assurer les 100,000 francs de différence, ou le bénéfice constaté par les cours. L'acheteur nouveau qui paierait cette cargaison 400,000 francs aurait manifestement le droit de la faire assurer pour 400,000 francs. Comment le propriétaire qui n'a pas vendu, qui attend des cours plus élevés encore, n'aurait-il pas le même droit ? La prohibition blesserait les intérêts les plus légitimes du commerce, et blesserait l'équité.

Il y a un grand commerce qui serait particulièrement atteint dans ses intérêts et dans sa liberté, le commerce d'exportation. On ne prépare pas de longue main une opération destinée à être réalisée sur un marché lointain, on ne commande pas des marchandises en fabrique, on n'achète pas en gros pour revendre en détail sans se proposer un bénéfice, et il y a là une industrie propre qui doit être rémunérée. L'exportateur a d'ailleurs ses frais généraux, sa patente, son loyer, ses commis, ses voyageurs, les intérêts, les commissions de ses emprunts. S'il ne lui était permis de faire assurer que le prix coûtant des choses qu'il exporte, il ne serait pas indemnisé; le sinistre survenant, il serait en perte, il pourrait être ruiné par plusieurs sinistres successifs, et déposer son bilan. La nécessité s'impose, à peine de témérité, de comprendre dans l'estimation des choses une partie au moins du bénéfice qu'il espère.

Or, comment réprimer les abus, en permettant l'usage d'une liberté nécessaire? Comment concilier les intérêts légitimes du commerce avec le principe de morale sociale, que nul ne proclame plus haut que moi, que le contrat d'assurance est un contrat d'indemnité et ne doit pas être une spéculation lucrative? Puisqu'il est certain que l'art. 347 est une mauvaise solution, qu'y a-t-il à substituer à l'art. 347? C'est la question qui se trouve posée en même temps devant les Parlements de France et d'Angleterre.

Elle se complique d'une difficulté sur la définition de l'indemnité. L'exposé du projet anglais dit très justement :

« Il y a deux sortes d'indemnité; l'une qui place l'assuré, en cas de perte, dans la même situation pécuniaire que s'il n'avait pas entrepris l'opération, et l'autre qui place l'assuré, en cas de perte, dans la même situation que si l'opération s'était heureusement terminée. »

Un exemple rendra la distinction bien sensible. Si un négociant attend une cargaison de cafés *qui lui coûte* 300,000 francs et qu'il a fait assurer pour cette somme, le sinistre survenant il recevra juste le coût de sa marchandise. Il sera replacé dans la même situation que s'il n'avait pas fait l'opération, il rentrera dans ses 300,000 francs. C'est la première sorte d'indemnité.

Mais il se peut qu'au moment du sinistre, la marchandise ait baissé de 20.0/0. En recevant ses cafés, le négociant subirait donc une perte de 60,000 francs. Si l'assureur lui rembourse 300,000 francs, l'assuré se trouvera échapper à cette perte. Il a donc un intérêt de 60,000 francs à ce que le navire n'arrive pas, et il se réjouira d'apprendre le naufrage qui l'affranchira d'une perte de 60,000 francs. En d'autres termes, il gagnera 60,000 fr. au naufrage. Afin de supprimer cet intérêt immoral au naufrage, l'assureur ne devra lui rembourser que 240,000 francs ou la valeur *actuelle* des cafés, l'assuré sera replacé dans la même situation que s'il recevait ses cafés. C'est la seconde sorte d'indemnité.

L'exposé anglais ajoute que l'économie du Bill est fondée sur le principe de cette seconde sorte d'indemnité.

On objecte naturellement que les cafés peuvent hausser de 20 0/0 au lieu de baisser. Le Bill lève aussitôt cette objection. L'assuré est libre de faire garantir la plus-value de 60,000 francs s'il est en état d'en justifier.

On ne saurait nier que ce second mode de détermination de l'indemnité, par la constatation de la valeur vraie de la chose au moment de la perte, est le plus conforme à la notion même de l'indemnité, ainsi qu'au principe proclamé de morale que l'assuré ne doit pas avoir intérêt à la perte des choses. Il est aussi le plus conforme à la règle de notre article 1149 du Code civil, que les dommages dus au créancier sont en général de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé. Il est seul appliqué dans toutes les assurances contre l'incendie. Néanmoins, quand il s'agit d'assurances maritimes, c'est la première sorte d'indemnité qui est visée par la loi française. L'article 339 du Code de commerce porte que, si la valeur des marchandises n'est point fixée par le contrat, elle peut être justifiée *par les factures ou par les livres*; à défaut, l'estimation en est faite suivant le prix courant *au temps et au lieu du chargement*. C'est bien l'indemnité du prix coûtant, c'est bien placer l'assuré dans la même situation pécuniaire que s'il n'avait pas fait l'opération. La loi française ne s'occupe aucunement des variations de valeur qui ont pu survenir depuis l'achat ou le chargement. Son principe



est de rembourser le prix coûtant, constaté par les factures ou par les livres. Dans l'exemple cité tout à l'heure, elle ne fera donc aucun obstacle à ce que l'assuré gagne 60,000 francs au naufrage en recevant de l'assureur 300,000 francs, pour représentation de cafés qui n'en valent plus que 240,000.

Il y a là un renversement des principes que je ne me souviens pas d'avoir vu remarquer, et une démonstration nouvelle de la vanité de l'article 347, déjà si facilement éludé au moyen de l'estimation agréée, avant de l'être par les polices d'honneur. Que reste-t-il du principe de morale que l'assuré ne doit jamais avoir intérêt à la perte des choses ?

Et cependant, les habitudes commerciales repoussent énergiquement l'application de la seconde méthode de détermination de l'indemnité. Si notre législation essayait de l'introduire, il y aurait une révolte de l'opinion de tous les négociants, comme il y a présentement une révolte de l'opinion de tous les négociants et armateurs de l'Angleterre. Il paraîtrait intolérable et oppressif que la somme assurée ne fût jamais définitive, que l'assureur se réservât toujours de la discuter après le sinistre, en alléguant une diminution de valeur. Cette vérification d'ailleurs, possible à la rigueur pour un petit nombre de marchandises qui ont un cours, est impossible pour la plupart et notamment pour presque toutes les marchandises d'exportation, et impossible pour les navires. Comment expertiser la valeur d'un navire qui a disparu, qui est englouti au fond de la mer ?

Le projet anglais, poussant à outrance son principe, va jusqu'à interdire de comprendre dans la somme assurée la prime d'assurance. Notre article 342 du Code de commerce dit au contraire expressément : « L'assuré peut faire assurer le coût de l'assurance. » Laquelle des deux inspirations est la meilleure ?

Ici encore, si l'on veut rester dans les pures régions des principes et de la logique, il y aura lieu de distinguer entre les deux sortes d'indemnité.

Selon le système du Bill, il est logique d'interdire l'assurance de la prime. Il est bien clair en effet que le navire arrivant à bon port, l'assuré devra supporter sa prime d'assurance et payer de ses deniers le prix de la garantie qu'il a recherchée. Comment

ne la supporterait-il pas quand il reçoit de l'assureur la valeur même de la chose ? Il est replacé dans la situation qu'il aurait eue, le navire arrivant à bon port.

Selon le système de notre Code de commerce, au contraire, l'assuré est replacé dans la situation qu'il aurait eue en n'entreprenant pas l'opération. Or, s'il ne l'avait pas entreprise, il n'aurait pas payé de prime d'assurance. Donc il est logique qu'il soit remboursé de la prime elle-même, qui a été une des charges accessoires de l'opération.

Mais si des pures régions de la logique on descend à la pratique, on reconnaîtra qu'il n'est pas plus pratique en Angleterre qu'en France de faire de cette question l'objet d'une prohibition législative. Quand il s'agit de marchandises assurées au voyage, ce qui est de beaucoup le cas le plus général, l'intérêt de la question est minime, presque imperceptible, et ne mérite vraiment pas l'attention du législateur. La prime dépasse rarement un pour cent, et très souvent atteint à peine demi, un quart, ou même un huitième pour cent. Rien n'égalerait la puérilité d'un litige sur le point de savoir si l'évaluation des marchandises comprend une exagération de un quart pour cent ou moins encore, si la cargaison de cafés assurée pour 300,000 francs doit être ramenée, au nom d'un principe, à une valeur de 299,250 francs. M. Chamberlain perd bien son temps à développer ce principe devant les lords temporels et spirituels et devant les communes. La prime n'a d'importance que pour l'assurance *des navires*, et encore parce que l'usage s'est établi de les assurer *pour une année de navigation*, afin de s'épargner l'embaras de renouveler l'assurance à chaque voyage. La tendance de la prohibition serait de faire abandonner cet usage, ce qui serait un grand trouble dans les habitudes, une grande vexation, et une vexation bien inutile. Ce n'est jamais là que sont les abus.

Je serais entraîné beaucoup trop loin si j'entreprenais de discuter ainsi chacun des articles du bill de M. Chamberlain. J'aurais beau me hâter, je risquerais d'ailleurs de combattre des chimères. Le bill a soulevé tant de colères qu'on considère en Angleterre comme impossible qu'il soit voté. Au moment où je tiens la plume, j'apprends déjà qu'il vient d'être très notable-

ment amendé par ses auteurs mêmes, et avant discussion. Le ministère anglais a capitulé devant les colères des armateurs. Qu'il me suffise de dire qu'en outre des nullités prononcées, le bill contient des pénalités effrayantes, des amendes qui seront, pour l'assuré, du montant de la somme assurée, et pour l'assureur, du triple de la prime reçue.

Je trouve plus à propos de rechercher quel serait le moyen, à la fois efficace et acceptable par le commerce, de remédier au mal, car le mal existe, il est flagrant, il est lamentable, il a été reconnu de tout temps, et de tout temps aussi on ne l'a combattu que par des démonstrations vaines. J'avais cru, jusqu'à ce jour, qu'il n'existait en Angleterre aucune loi écrite sur les assurances maritimes, que tout se réglait par la convention et la jurisprudence, ce qui est le cas en France pour les assurances contre l'incendie. Je me trompais. Je n'en suis pas trop humilié, étant convaincu que mon erreur était partagée par la plupart des assureurs anglais. M. Chamberlain, dans son Bill, a remis en lumière un vénérable monument bien oublié. Je me suis procuré ce curieux document dans sa forme originale et pittoresque. J'y lis ce qu'a décidé le Parlement, l'an du Seigneur 1741, dans la quinzième année du règne de « notre souverain Lord George II, par la grâce de Dieu roi de la Grande-Bretagne *et de France*, défenseur de la Foi, etc. »

« Attendu qu'il est démontré par l'expérience que l'habitude  
« de faire des assurances sans preuve de l'intérêt et de la valeur  
« a produit de pernicieuses pratiques et causé la perte fraudu-  
« leuse d'un grand nombre de navires... Qu'elle a introduit de  
« coupables combinaisons de jeux et de paris et perverti l'insti-  
« tution des assurances etc. » Tout cela était vrai en 1741 comme  
en 1884. Le remède imaginé par le Parlement est tout simple-  
ment de déclarer que de telles assurances, sans justification d'in-  
térêt, sont nulles et vides d'effets. C'est aussi platonique que  
notre article 347. Encore le Parlement s'empresse-t-il d'excepter  
les assurances sur les corsaires, et celles relatives au commerce  
qui se fait avec les possessions des Couronnes d'Espagne et de  
Portugal. Là pourront être continuées les néfastes pratiques. Tel  
est l'acte gothique, absolument tombé en désuétude, que M. Cham-

berlain s'est avisé de remettre en vigueur, en l'appuyant de pénalités contre les assurés et les assureurs.

On me permettra de chercher autre chose. Je trouve le principe du remède, mais seulement le principe, dans nos articles 1131 et 1133 du Code civil, qui devraient être appliqués en cette matière, avec des modifications et une sanction.

L'article 1131 porte que l'obligation qui a une cause illicite *ne peut avoir aucun effet*.

L'article 1133, que la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

Hé bien oui, je n'en fais aucun doute, et l'on ne saurait le proclamer trop haut, avec le Parlement de 1744 et avec M. Chamberlain. Les assurances sans intérêt justifié, les assurances de valeurs exagérées qui créent l'intérêt à la perte des navires sont contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Elles pervertissent l'institution, et il est encore vrai qu'elles sont la cause de la mort de bien des marins. La vie des marins, c'est bien certes un intérêt d'ordre public. Mais on remarquera que l'article 1131 n'offre aux tribunaux que la ressource *d'annuler* l'obligation comme ne produisant *aucun effet*, et non pas celle de *la réduire* à la valeur vraie des choses. Il faut pour cela que les tribunaux soient saisis. L'article 347 et les polices d'honneur empêchent de les saisir. L'abrogation de l'article 347 devra supprimer les polices d'honneur, les tribunaux pourront être saisis. Mais si la loi n'est pas modifiée, ils n'auront encore que la ressource d'annuler l'obligation pour le tout, c'est-à-dire peut-être de ruiner l'assuré, ce qu'ils répugneront singulièrement à faire tant qu'une fraude ne leur sera pas démontrée. C'est l'inconvénient des lois trop sévères, qui manquent d'élasticité et ne permettent pas aux tribunaux d'imposer des transactions. C'est en particulier l'inconvénient de notre législation spéciale en cette matière. L'article 357 du Code de commerce procède de la même inspiration. Il prononce la nullité de l'assurance, *s'il est prouvé qu'il a dol ou fraude* de la part de l'assuré. L'article 358 s'empresse d'ajouter que *l'estimation convenue* est respectée s'il n'y a ni dol ni fraude. Or, la fraude ne se présume pas, elle est

difficile à prouver et très souvent même elle n'existe pas. Ce n'est pas une fraude, je l'ai déjà dit, que d'exagérer la valeur de sa chose. L'opinion est défavorable aux assureurs qui contestent, après un sinistre, la valeur qu'ils ont agréée. Les juges sont pénétrés de cette opinion, et, qu'on ne l'oublie pas, les tribunaux de commerce sont composés d'assurés.

Ainsi, tout le monde est complice du désordre signalé de l'exagération des valeurs assurées. Le législateur, qui ne sait la réprimer que par la mesure extrême de l'annulation du contrat, l'assureur qui agréé trop légèrement la valeur qu'on lui déclare en s'interdisant de la discuter, le juge et l'opinion qui, dans chaque cas particulier, inclineront toujours en faveur de l'assuré qu'on ne veut pas ruiner en exonérant l'assureur de ses engagements, moyennant quoi la funeste pratique continue, l'institution des assurances se pervertit, encourage toutes les incuries, multiplie les naufrages, et est cause que les marins périssent.

Mais je suppose qu'une loi soit conçue dans les termes suivants :

« Il est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public d'assurer les choses pour une valeur supérieure à leur valeur réelle et justifiée.

« Toute convention dérogeant à ce principe d'ordre public que l'assurance est un contrat d'indemnité est illicite, soit qu'elle ait lieu au moyen d'engagements d'honneur, ou au moyen d'estimations agréées.

« Les tribunaux prononceront la nullité des assurances exagérées qui seront entachées de dol ou de fraude. S'il n'y a ni dol ni fraude, ils pourront toujours réduire l'assurance à la valeur vraie des choses, et ce nonobstant toutes valeurs agréées, et nonobstant toutes conventions par lesquelles les parties se seraient dispensées de justifications.

« Ne sera pas réputée exagérée, quant aux marchandises, une estimation qui n'excédera pas de plus de dix pour cent le prix coûtant justifié, comprenant tous les frais et avances jusqu'à la mise à bord et la prime d'assurance.

« Les bénéfices justifiés par les marchés ou par les cours, au jour de l'assurance, pourront en outre être assurés, mais sans aucune augmentation.

« Sera réputée exagérée, quant au fret, toute assurance dé-  
« passant soixante pour cent du fret brut justifié. »

Je dis qu'une telle loi n'apporterait aucun trouble dans la pratique loyale des assurances. Elle serait bien plus efficace que le vain article 347. Elle n'aurait pas les vexations et les menaces du Bill de M. Chamberlain. Elle rendrait hommage à un principe d'ordre public qu'elle forcerait en quelque sorte les tribunaux à respecter, elle éclairerait et modifierait l'opinion.

Quelques exportateurs se plaindraient de ne pas gagner plus de dix pour cent sur leur opération si elle était brisée par le naufrage. Je ne pense pas que le législateur doive être touché de cette doléance. Si l'exportateur espère gagner davantage, je ne trouve pas mauvais qu'il ait intérêt à bien choisir le navire ou le capitaine. Le plus souvent d'ailleurs, il pourra recommencer son opération et il gagnera deux fois. Dans l'état actuel de la concurrence cosmopolite de tous les commerces, une marge en bénéfice de dix pour cent est suffisante. Et qu'on se souvienne que tout bénéfice supérieur peut être assuré, s'il est justifié.

Il n'est pas à craindre que les assureurs respectables abusent de la législation que je propose pour soulever, comme on le dira peut-être, des contestations après chaque sinistre. Ce serait bien maladroit, et qu'auraient à redouter les assurés qui n'auraient pas exagéré les valeurs garanties? Rien. Les assureurs vivent de la confiance de leur clientèle qu'ils ont tout intérêt à satisfaire. S'il y a des assureurs processifs et besoigneux, — il y a dans toutes les professions des besoigneux et des processifs, — c'est au commerce à s'éloigner d'eux, pour donner la préférence aux renommées bien acquises.

Je craindrais bien plus que les excitations de la concurrence, la pression des assurés et des courtiers n'arrachassent encore aux assureurs, comme elles leur arrachent aujourd'hui les polices d'honneur, la promesse de ne pas discuter, de ne pas contester les évaluations agréées, de ne pas invoquer les moyens de vérification offerts par la loi dans un intérêt d'ordre public.

A cet égard nous avons en France un avantage que n'a pas l'Angleterre. Presque toutes les assurances maritimes se traitent en France par l'intermédiaire de courtiers, officiers publics, dont

es registres sont constamment ouverts à l'inspection des préposés du fisc. Rien de plus facile que d'édicter des pénalités sévères, des amendes et, en cas de récidive, la destitution, contre les courtiers qui prêteraient leur ministère à des conventions interdites par la loi. On peut être absolument certain qu'aucun courtier ne braverait cette menace et qu'aucune infraction ne serait constatée. Quant aux assurés et aux assureurs qui s'obstineraient à faire, au mépris de la loi, des conventions soustraites à la juridiction des tribunaux, ce seraient des exceptions rares dont il n'y a pas lieu de s'occuper. Ils seraient à la merci les uns des autres. Ces gageures nouvelles n'auraient plus du tout le caractère des polices d'honneur faites ouvertement, par les plus honnêtes gens, en dérogation à l'art. 347. Elles seraient des violations de la loi, elles cesseraient d'être protégées par l'opinion. Les Compagnies respectables d'assurances s'en abstiendraient certainement. Les négociants qui les rechercheraient pour se créer un intérêt à la perte des choses ne seraient pas si téméraires que de se fier à la promesse d'assureurs suspects et de mauvais aloi. Ces considérations de pratique suffisent. Je ne puis pas être d'avis d'établir une inquisition sur les livres des assurés et des assureurs pour aller, sans utilité sérieuse, frapper d'amendes les uns ni les autres.

En définitive, le législateur aurait fait le possible. Sans blesser aucun intérêt légitime, il aurait nettement posé le principe que l'assurance est un contrat d'indemnité, et que les assurances exagérées, créant un intérêt à la perte des choses, sont un désordre contraire aux bonnes mœurs. Il aurait supprimé les deux procédés qui existent aujourd'hui de commettre ce désordre : les estimations agréées et les polices d'honneur. Il aurait fourni aux tribunaux les moyens de le réprimer dans tous les cas. — Je souhaite que le Bill menaçant de M. Chamberlain, hérissé de nullités et d'amendes, produise un aussi bon résultat.

Il demeurera très curieux qu'au même moment on ait proposé, en France, la liberté comme en Angleterre, et, en Angleterre, des réglementations et des répressions, bien plus qu'en France.

ALFRED DE COURCY.

---

## DES DONNÉS OU LEGS FAITS A DES SUCCESSIBLES

## EN CAS DE RÉSERVE LÉGALE

Par Léopold TRÉZARD, doyen de la Faculté de droit de Poitiers

(Suite <sup>1</sup>).

## III.

14. — Quatre hypothèses doivent être prévues :

1<sup>o</sup> Un don ou legs a été fait à l'un des successibles réservataires par préciput et hors part, et il accepte la succession ;

2<sup>o</sup> Le don ou legs lui a été fait en avancement d'hoirie, et il accepte encore la succession ;

3<sup>o</sup> Le don ou legs a été fait par préciput et hors part, et le bénéficiaire renonce à la succession ;

4<sup>o</sup> Le don ou legs a été fait en avancement d'hoirie, et le bénéficiaire renonce à la succession.

1<sup>o</sup> *Dons ou legs par préciput. — Acceptation.*

15. — Dans ce premier cas, l'héritier donataire a tout d'abord le droit, comme un donataire étranger, de garder la chose donnée jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Il faudra donc voir d'abord, en appliquant l'art. 922, si par son chiffre et par sa date comparée à celle des autres donations ou legs qui peuvent avoir été faits, la libéralité serait soumise à la réduction, en la supposant faite à un étranger. Si elle ne doit pas être atteinte par la réduction, l'héritier en gardera le bénéfice intégral, et il aura en outre le droit de prendre part égale avec les autres héritiers dans les biens extants et dans ceux qui rentreraient par la réduction des libéralités faites à des tiers.

## Exemples :

A. — Trois enfants, Primus, Secundus, Tertius : un donataire étranger, Séius.

<sup>1</sup> Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome XIII, nouvelle série, 1884, page 282.



Donation par préciput faite à Primus de biens valant	30.000 fr.
Donation au tiers Séius, faite postérieurement, d'une valeur de . . . . .	30.000 fr.
Biens extants estimés. . . . .	60.000 fr.

Donc  $M = 120.000$  fr. ci. . . . . 120.000 fr.

$Q D = 30.000$  fr. —  $R = 90.000$  fr. —  $r = 30.000$  fr.

En ce cas la donation faite à Séius, dernière en date, sera intégralement atteinte par la réduction, et celle de Primus sera au contraire hors d'atteinte : celui-ci gardera donc la valeur de 30.000 fr. qu'il a reçue, et de plus il partagera comme héritier dans les 90.000 fr. formés par les biens extants et par le résultat de la réduction imposée à Séius.

**B. —** Trois enfants : Primus, Sécundus, Tertius ; — un donataire étranger, Séius.

Donation faite à Séius, première en date. . . . .	30.000 fr.
Donation postérieure, faite par préciput à Primus. .	30.000 fr.
Biens extants. . . . .	60.000 fr.

$M = 120.000$  fr. —  $Q D = 30.000$  fr. —  $R = 90.000$  fr.  
—  $r = 30.000$  fr.

Alors la donation faite à Primus sera la première atteinte ; celle faite à Séius sera inattaquable. Primus devra donc, soit par rapport, soit par réduction, remettre à la masse le don qui lui a été fait, sauf à venir ensuite au partage.

**C. —** Trois enfants : Primus, Sécundus, Tertius ; — un donataire étranger, Séius.

Donation par préciput première en date faite à Primus.	50.000 fr.
Donation postérieure faite à Séius. . . . .	10.000 fr.
Biens extants. . . . .	60.000 fr.

C'est alors une valeur de 20.000 fr. que Primus devra remettre à la masse, sur celle de 50.000 fr. qu'il a reçue, en même temps que la libéralité de Séius sera complètement anéantie par la réduction.

**D. —** Trois enfants, Primus, Sécundus, Tertius ; un donataire étranger, Séius.

Donation faite à Séius, première en date, d'une valeur	
de.....	10.000 fr.
Donation postérieure faite par préciput à Primus. . .	50.000 fr.
Biens extants. . . . .	60.000 fr.

Par l'application des mêmes principes, Primus devra remettre à la masse une valeur de 30.000 fr., sur celle de 50 000 fr. qu'il a reçue; et la donation faite à l'étranger Séius conservera tout son effet.

16. Est-ce par l'action en *réduction* ou par l'action en *rapport* que le successible donataire, dans les hypothèses B, C, D, sera tenu de remettre dans la masse ce qui excède la quotité disponible? D'après le texte de la loi, c'est par l'action en rapport (art. 844, 866, 919); la plupart des auteurs corrigent ce texte, et disent que c'est par l'action en réduction.

Nous admettons sans difficulté qu'il s'agit en principe d'une action en rapport, puisqu'il s'agit de remettre les biens dans une masse où le donataire devra reprendre part, et que le but est de rétablir l'égalité autant que d'assurer la réserve. Mais c'est un rapport qui participe de la réduction, ou, si l'on veut, c'est aussi une réduction qui s'effectue par forme de rapport.

L'opération, à notre avis, devra suivre les règles de la réduction, en ce que :

1° Si la demande n'est pas formée dans l'année, les fruits ne seront dus que du jour de la demande (art. 728; — *contra* art. 856); car, dès lors que la donation était faite par préciput, le donataire, qui pouvait ne pas connaître exactement si la quotité disponible était dépassée, ne savait pas nécessairement qu'il dût être astreint à remettre la chose;

2° Par la même raison, les meubles donnés ne seront remis que d'après leur valeur au jour du décès, et non d'après celle au jour de la donation (Cf. art. 922, 868);

3° Si la donation est tellement excessive qu'elle comprenne, outre le disponible, non seulement la part de réserve du donataire, mais aussi une portion de la réserve des autres héritiers (par exemple, si les biens extants sont réduits à néant ou à peu de chose), les tiers acquéreurs des biens donnés pourront être recherchés en cas d'insolvabilité du donataire, jusqu'à concur-

rence de la valeur nécessaire pour fournir la réserve des autres héritiers, conformément à l'art. 930 (*contra*, art. 860); car la réserve doit toujours être sauvegardée.

Mais en même temps, la réduction doit s'opérer en forme de rapport, c'est-à-dire que si la libéralité tout entière doit être remise (hypothèse B); elle sera en principe rapportée en nature, quand il s'agira d'immeubles. Mais le rapport n'aura lieu qu'en moins prenant: 1° s'il y a d'autres immeubles de même valeur et bonté pour former les lots des autres cohéritiers (alors en effet il n'y a pas d'intérêt sérieux pour ceux-ci à recevoir tels immeubles plutôt que tels autres, et il importe au contraire de maintenir la propriété à qui l'a déjà); 2° si les biens donnés ont été aliénés (les principes du rapport et ceux de la réduction sont ici d'accord pour qu'on ne poursuive pas les tiers acquéreurs, sauf le cas d'insolvabilité, et dans les limites ci-dessus indiquées).

**17.** Mais comment régler la situation, si une partie de la libéralité doit être gardée par le donataire, l'autre partie remise à la masse (hypothèses C et D) ?

Deux articles du Code civil, où plusieurs auteurs ont vu une contradiction, mais qui en réalité se complètent l'un par l'autre, répondent à cette question : ce sont les art. 924 et 866.

D'après l'art. 924 (qui aujourd'hui, nous l'avons vu, s'applique au cas où l'héritier donataire vient à la succession), « si la donation entre vifs réductible à été faite à l'un des successibles, il pourra retenir sur les biens donnés la valeur qui lui appartiendrait (*qui lui revient*) comme héritier dans les biens non disponibles, s'il sont de même nature ».

Ainsi (hypothèse D), le précipitaire qui a reçu un immeuble de 50.000 fr., doit le garder jusqu'à concurrence de 20.000 francs et le remettre dans la masse jusqu'à concurrence de 30.000 francs. Mais il y a dans la succession d'autres immeubles de même nature et bonté pour former deux lots de 30.000 francs pour chacun des autres héritiers: le précipitaire gardera tout l'immeuble, et se trouvera ainsi rempli de sa part en moins prenant (cf. art. 859).

Mais s'il n'y a pas d'autres immeubles pour former des lots semblables aux autres héritiers, alors, et alors seulement, s'ap-

pliquera l'art. 866, qui se décompose en plusieurs propositions :

1<sup>o</sup> *Lorsque que le don d'un immeuble fait à un successible avec dispense de rapport excède la portion disponible, le rapport de l'excédent se fait EN NATURE, si le retranchement de cet excédent peut s'opérer commodément.* — C'est là que tout d'abord on a trouvé une contradiction avec l'art. 924. Le rapport doit toujours se faire *en nature*, a-t-on dit, sans distinguer s'il y a ou non des biens de même nature pour faire les lots des autres cohéritiers. Mais c'est là forcer le sens de la loi : elle veut dire simplement que le rapport se fait alors en nature, suivant le principe général du Code (art. 859), mais sauf les exceptions que comporte ce principe. A quoi bon le rapport en nature, si les autres héritiers doivent avoir des biens semblables et de même valeur ? Que le législateur n'ait pas rappelé ici cette exception formulée plus loin dans l'art. 924, on le comprend facilement : il n'a pas voulu surcharger d'incidentes une disposition déjà complexe ; mais il a statué sur le *plerumque fit et secundam subjectam materiam* ; dès lors qu'il qualifie lui-même l'opération de rapport, il faut suivre les règles du rapport.

Donc, dans l'hypothèse C comme dans l'hypothèse D, à supposer qu'on puisse facilement séparer l'immeuble donné en deux parties, répondant l'une à la fraction à garder, l'autre à celle à remettre par le donataire, et à supposer en même temps qu'il n'y ait pas d'autres immeubles pour allotir les autres héritiers, la fraction sujette à rapport ou réduction devra être remise en nature à la masse : c'est du reste la règle à suivre pour l'hypothèse B, où tout doit être remis à la masse.

2<sup>o</sup> Dans le cas au contraire où la séparation en nature ne sera pas possible, et où l'excédent rapportable sera de plus de la moitié de la valeur de l'immeuble donné (c'est l'hypothèse D), le donataire devra rapporter l'immeuble en totalité, sauf à venir ensuite sur la masse prélever d'abord la valeur de la quotité disponible, puis prendre encore sa part : mais ce rapport ne sera toujours exigé que s'il n'y a pas d'autres immeubles pour allotir les autres.

3<sup>o</sup> Si la portion que le donataire doit garder excède au contraire la moitié de la valeur de l'immeuble (hypothèse C), il retiendra dans tous les cas l'immeuble en totalité, sauf à moins prendre,

et à récompenser ses cohéritiers en immeubles ou autrement.

Dans l'un et l'autre cas on suivra la règle : *major pars trahit ad se minorem*.

18. — La combinaison des deux textes ainsi entendus donne des solutions tellement naturelles que nous jugeons inutile de relater les nombreux systèmes auxquels a donné lieu leur prétendue antinomie.

Il reste cependant quelques hypothèses non prévues par le texte.

Supposons que le précipitaire ait aliéné une partie des biens donnés, et ait gardé l'autre en nature : pourra-t-il, en invoquant la règle que le rapport en nature n'est pas dû pour les biens aliénés, imputer les immeubles par lui conservés sur la quotité disponible qu'il garde, et faire le rapport du surplus en moins prenant, alors qu'il n'y aurait pas d'autres immeubles dans la succession? Non : car le principe est le rapport en nature : si le rapport en moins prenant est autorisé en cas d'aliénation, c'est par suite d'une impossibilité, laquelle n'existe pas dans l'hypothèse. Le précipitaire devra donc imputer avant tout les biens aliénés sur la quotité disponible.

Que décider encore si la donation, telle qu'elle a été faite, comprenait des meubles et des immeubles? Cette hypothèse se distingue de la précédente en ce que la situation n'est pas du fait du donataire. Néanmoins nous inclinierions à penser encore que le cohéritier devra avant tout rapporter en nature les immeubles donnés, tous les réservataires devant, autant que possible, avoir leur réserve en biens de même nature.

Reste enfin une hypothèse plus curieuse que pratique : il s'agit d'une donation immobilière faite à un précipitaire avec toutes ces circonstances : 1<sup>o</sup> la valeur à remettre dans la masse se trouverait tout justement égale à celle que le donataire doit garder pour son préciput; 2<sup>o</sup> il n'y aurait pas d'autres immeubles pour former les lots des autres cohéritiers; 3<sup>o</sup> la séparation de l'immeuble donné ne pourrait pas s'opérer commodément. En pareil cas, le vœu de la loi étant l'égalité en nature dans la réserve, nous penserions encore que le rapport doit se faire en nature. D'autres pourront dire : *in pari causa potior causa possidentis*.

Dans toutes les subdivisions de l'hypothèse que nous venons d'examiner, nous avons supposé que le bien donné par préciput à l'un des réservataires doit entrer dans la composition de la masse, formée d'après l'art. 922. Ce point a été l'objet d'une controverse, mais qui s'est surtout produite pour les libéralités faites en avancement d'hoirie, et que nous aurons par suite à examiner plus spécialement au sujet de la seconde hypothèse.

2° *Dons ou legs en avancement d'hoirie. — Acceptation.*

19. — Quand une libéralité en avancement d'hoirie aura été faite à un héritier qui vient à la succession, il faudra, même à l'égard des autres donataires ou légataires : 1° comprendre dans la masse formée conformément à l'art. 922, la valeur de cette libéralité; 2° l'imputer en principe sur la réserve.

Ces deux propositions ont cependant été contestées.

On a soutenu, et il a été autrefois jugé par la Cour de cassation<sup>1</sup> que ces biens ne devaient pas être compris dans la masse et ne devaient pas s'imputer sur la part de réserve du donataire, par la raison que le rapport et la réduction ne sont dus qu'aux héritiers, et non aux donataires ou légataires, lesquels n'ont même pas le droit d'en profiter (art. 857).

Exemple :

Trois enfants, Primus, Sécundus, Tertius; un donataire étranger, Séius.

Primus, donataire en avancement d'hoirie d'une	
valeur de . . . . .	30.000
Séius, donataire postérieur ou légataire de . . . . .	30.000
Biens extants. . . . .	60.000

D'après la proposition que nous avons formulée, la masse se trouve portée à 120,000 francs par application de l'art. 922; la donation faite à Séius ne subira aucune réduction; car d'une part, la quotité disponible sera de 30,000 francs, et d'autre part, la libéralité faite à Primus n'étant point considérée comme en dehors de la succession, il restera dans la masse les 90,000 francs nécessaires pour former la réserve totale des enfants.

<sup>1</sup> Arrêts des 30 décembre 1816, 29 mars 1822, 5 novembre 1823, 12 février 1824, cités par M. Ragon. tome II, n° 315.

Dans l'opinion contraire, aujourd'hui abandonnée, la masse ne devrait, à l'égard du donataire ou légataire Séius, comprendre que 90,000 francs (60,000 francs de biens extants et la libéralité faite à Séius lui-même, 30,000 francs); quant à lui, les 30,000 francs donnés à Primus resteraient en dehors. De cette façon, la quotité disponible ne serait que de 22,500 francs, et Seius devrait subir un retranchement de 7,500 francs.

C'est par son arrêt de 1826 (arrêt Saint-Arroman) que la Cour de cassation a rejeté ce dernier mode de procéder. L'opinion qu'elle a ainsi consacrée est assurément plus conforme à la pensée de père de famille et à la loi sagement entendue. Quand un père de famille a fait un don en avancement d'hoirie, il a entendu se réserver la libre disposition de la quotité disponible; il a entendu donner, tout au moins pour le cas où le donataire viendrait à la succession, avec cette condition que les biens donnés ou légués entreraient dans la masse. Quant à cette objection, que les donataires ou légataires étrangers ne peuvent pas demander le rapport ou la réduction, ni en profiter, elle ne porte pas : ce qui est uniquement interdit par la loi, c'est qu'ils puissent se faire attribuer une partie des biens rentrés dans la masse par l'effet du rapport ou de la réduction; or, dans l'hypothèse, aucune portion de ces biens ne leur sera attribuée. Ce qu'ils demandent, c'est simplement de garder la libéralité qui leur a été faite, et il ne s'agit que d'apprécier cette libéralité en tant qu'elle porte ou non atteinte à la réserve : à cet effet, il faut s'en tenir à l'art. 922, lequel ne fait aucune distinction. Lorsque d'autre part, il s'agit de savoir comment sera imputée la libéralité faite à un successible (sur la quotité disponible ou sur la réserve), il faut suivre la condition sous laquelle elle a été faite <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Il résulte de là : 1° que les libéralités faites à des tiers, et portant sur des sommes ou biens déterminés, sont valables jusqu'à concurrence de la masse calculée d'après la totalité des biens extants et donnés; 2° que le don ou legs en termes généraux de la quotité disponible comprend une quote-part déterminée de la même façon, et non pas seulement une quotité calculée d'après les biens extants au décès. Ce n'est que par interprétation de la volonté du testateur, d'après les termes spéciaux de son testament, qu'il a été donné une solution contraire dans un arrêt du 8 mars 1875 (D. 75, 1. 278. V. D. 78. 2. 96).

Mais il est évident d'autre part que la libéralité à remettre dans la succession et à imputer sur la réserve, ne comportera cette imputation que jusqu'à concurrence de la réserve elle-même.

(A suivre).

LÉOPOLD THÉZARD.

## BIBLIOGRAPHIE

### INSTITUTIONS MUNICIPALES ET PROVINCIALES COMPARÉES

PAR M. H. DE FERRON.

Compte-rendu par M. Léon Aucoc,

Membre de l'Institut, ancien président de section au Conseil d'État.

M. de Ferron s'applique, dans ce livre en exposant l'histoire de l'organisation municipale et provinciale en France avant et depuis 1789, ainsi que la législation des autres pays de l'Europe sur la même matière, à démontrer la nécessité et les avantages d'une large décentralisation administrative.

On pourrait dire que son ouvrage arrive un peu tard, puisqu'il paraît au moment où les Chambres viennent d'achever la refonte de notre législation municipale, préparée déjà par l'Assemblée nationale de 1871, mais abandonnée à cette époque, après de longues études, et reprise depuis 1876 par une série de projets qui ont abouti dans la session actuelle.

Mais les réformes demandées par M. de Ferron sont beaucoup plus larges que celles dont la loi du 10 août 1871 sur les conseils généraux et la nouvelle loi municipale ont cru sage d'autoriser la mise en pratique. Par conséquent, il est encore intéressant d'étudier son livre en vue des réformes qui pourraient être tentées ou réalisées dans l'avenir.

M. de Ferron demande, en effet, que le cercle des affaires départementales soit étendu autant que possible, qu'on détache du budget de l'État la plus grande partie des dépenses de l'Agriculture, du Commerce et des Travaux publics pour en charger les conseils locaux, que les départements aient pour la gestion de leurs intérêts et de leurs finances des agents spéciaux, que le préfet cesse d'avoir le rôle de pouvoir exécutif pour les affaires départementales et que ce rôle soit attribué à la commission instituée par la loi du 10 août 1871, qui siégerait sous la présidence du préfet, en attendant le jour où le préfet serait exclusivement



l'agent de l'Etat et n'aurait plus qu'à contrôler les décisions de cette commission et du conseil général au point de vue de l'observation des lois et règlements.

Il donnerait aussi à la commission départementale le soin de contrôler les délibérations des conseils municipaux, sauf dans le cas de violation de lois.

Il réorganise à cette occasion la juridiction administrative locale.

Il crée un centre administratif au canton.

Il demande pour les institutions municipales des réformes analogues à celles qu'il a réclamées pour les institutions départementales. Il propose d'enlever au maire son rôle de pouvoir exécutif et de lui donner seulement la position de président du corps municipal, composé du maire et des adjoints. Il veut faire instituer dans les villes des commissions chargées des différentes branches du service sous le contrôle du conseil municipal. Il désire le rétablissement du conseil général de la commune créé en 1790. Il croit utile d'augmenter les ressources du budget communal et ses dépenses au détriment du budget de l'Etat.

Toutes ces idées sont déjà connues. Elles ont été soutenues dans le manifeste de Nancy, publié en 1865, dans de nombreuses brochures et dans des propositions de loi ou des amendements discutés non sans vivacité et sans talent, mais sans succès, à diverses époques.

Le mérite et l'intérêt d'un livre qui les reproduit ne peut se trouver que dans les arguments apportés pour les appuyer.

On voit facilement, en étudiant l'ouvrage de M. de Ferron, que l'auteur a beaucoup lu, beaucoup réfléchi, qu'il a pris part à l'administration des affaires publiques. Son travail mérite par conséquent l'attention. Mais la valeur même de ce livre nous impose l'obligation de discuter les idées et les appréciations qui y sont émises, lorsque nous croyons voir que l'exposé des faits de notre histoire et de l'état des législations étrangères n'est pas présenté sous sa véritable physionomie, par suite d'une préoccupation exclusive.

Les arguments théoriques sur les avantages et les inconvénients de la centralisation et de la décentralisation administrative, l'influence de l'organisation locale sur la capacité politique,

sur le respect de l'autorité, sur le patriotisme et le dévouement aux intérêts publics, sur l'harmonie sociale, sur le gouvernement parlementaire, sur le progrès politique et la civilisation sont présentés d'une manière intéressante. On y reconuait les idées soutenues par M. de Tocqueville, par M. Odilon Barrot, par MM. Béchard et Raudot, par l'école qui a publié le manifeste de Nancy. On peut y trouver quelquefois de l'exagération; mais nous admettons volontiers qu'un écrivain qui présente des réformes comme nécessaires se passionne pour ses idées au point de ne pas se tenir toujours dans la juste mesure.

Ce qui nous préoccupe davantage, c'est l'esprit de système introduit dans l'histoire et dans l'appréciation de la législation étrangère.

Dans l'histoire de la législation française sur l'organisation des administrations locales, il y a de bonnes parties, notamment l'exposé des réformes successives réalisées soit dans le sens de la décentralisation, soit dans le sens de la centralisation depuis 1789 jusqu'à nos jours. Mais le résumé de la législation antérieure à 1789 nous paraît dominé par une passion contre le césarisme (c'est le mot employé par l'auteur) qui ne permet pas une appréciation équitable des faits. L'histoire de France se divise en deux périodes, celle des libertés locales, celle de la centralisation administrative. Dans la première, qui dure jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle, tout est bien. Dans la seconde, qui dure jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, tout est mal. Et dans cette période, la Royauté a beau faire de grandes œuvres, comme le canal du Midi, l'auteur n'en tient pas compte et en attribue tout le mérite aux États de Languedoc. On sait cependant, grâce à la publication des mémoires et instructions de Colbert due à M. Pierre Clément que c'est l'initiative de ce grand ministre qui, en accueillant et protégeant Riquet, a fait commencer, poursuivre et achever le canal du Midi. A la fin de cette période, la Royauté a beau chercher à corriger les institutions dans le sens de la liberté; elle a beau créer des assemblées provinciales pour étendre le régime des États provinciaux supprimés en grande partie sous Louis XIV, M. de Ferron consacre à peine quatre lignes à cette réforme sur laquelle MM. de Lavergne et de Luçay ont écrit d'excellents livres.

Pour l'étude de la législation étrangère, nous aurions à faire aussi quelques critiques. Nous avons été étonné de voir si rarement citer les travaux de la Société de législation comparée, son *Annuaire* qui donne depuis onze ans les textes des lois votées dans les pays étrangers, son *Bulletin* qui, depuis deux ans, a donné de très nombreuses notices sur la législation provinciale et municipale. M. de Ferron s'est inspiré trop souvent de livres qui ont été bons à l'époque de leur publication, mais qui ne donnent plus l'état actuel de la législation. C'est ce qui lui est arrivé pour l'Angleterre. Il expose, par exemple, que l'Angleterre n'a pas de ministre des travaux publics; il n'a pas aperçu que le président du *board of trade* fait, depuis quelques années, partie du Cabinet. D'autre part, il ne semble pas connaître la tendance des justiciables anglais à préférer, en matière civile, la sentence des juges seuls à celle des juges assistés par le jury.

Ce qui est plus grave, c'est que M. de Ferron ne veut pas consentir à donner leur véritable caractère aux réformes administratives faites par les Anglais depuis plus de trente ans dans le sens de la centralisation. M. Dupont-White dans ses livres sur *l'individu et l'Etat* et sur *la centralisation* avait signalé, il y a longtemps, les débuts de ce mouvement d'opinion. Beaucoup d'écrivains les ont signalées après lui. M. Leplay, dans son ouvrage sur la Constitution de l'Angleterre, les regrettait, parce qu'il voyait s'altérer le modèle qu'il aurait présenté à l'appui de ses idées. M. de Ferron, pour écarter l'objection tirée de ces réformes, soutient qu'elles ne constituent que des actes de centralisation politique. Toutes ces lois qui ont remanié le service de l'assistance publique, et qui ont peu à peu abouti à la création du bureau du gouvernement local (*board of local government*) investi d'un droit de contrôle et de contrainte à l'égard des administrations instituées dans les paroisses, les unions de paroisses et les bourgs; les mesures analogues prises pour l'emploi des diverses taxes établies comme la taxe des pauvres, puis pour le service de l'état civil, de l'hygiène publique, des écoles élémentaires, tout cela, c'est incontestablement de la centralisation administrative. Qu'il y ait encore bien des différences entre notre manière de procéder et les nouvelles

institutions anglaises, nous ne le nierons pas. Mais il est certain que l'État intervient désormais en Angleterre dans les différents services publics confiés aux autorités locales, non seulement pour réprimer leurs écarts, mais pour remédier à leur négligence et les pousser au progrès et cette tendance s'accroît tous les jours.

Il nous a paru nécessaire de faire ces réserves en signalant au public le livre de M. de Ferron.

L'auteur, dans sa préface, fait observer que la science du droit administratif a besoin d'être vivifiée par l'histoire et la législation comparée. Il a raison. Plusieurs écrivains l'ont déjà compris, et nous n'avons pas besoin de citer leurs noms aux lecteurs de cette revue. Mais pour que ces études soient profitables, il faut qu'elles soient complètement exactes et tenues avec le plus grand soin au courant du dernier état de la science et de la législation.

LÉON AUCOC.

---

HISTOIRE DES JUSTICES DES ANCIENNES ÉGLISES ET COMMUNAUTÉS MONASTIQUES DE PARIS, SUIVIE DES REGISTRES INÉDITS DE SAINT-MAUR-DES-FOSSÉS, SAINTE GENEVIÈVE, SAINT-GERMAIN-DES-PRÉS ET DU REGISTRE DE SAINT-MARTIN-DES CHAMPS,

par L. TANON, conseiller à la Cour de cassation.

Compte rendu par A. ESMEIN, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Le livre de M. Tanon est un des meilleurs qui aient été publiés dans ces dernières années sur l'histoire de notre ancien droit. C'est un travail d'une réelle valeur et d'une grande utilité. Son utilité est même double. D'un côté M. Tanon a fourni une excellente étude historique sur les justices des églises et des couvents de l'ancien Paris et sur la procédure qui y était suivie, surtout en matière criminelle, dans la période de transition qui va du XIII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle : d'autre part il a publié une importante série de *registres criminels*, provenant de ces justices, et qui se rapportent aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles. L'un de ces registres, celui de Saint-Martin des Champs, avait déjà été publié par l'auteur dans une élégante édition avec des notes et une remarquable introduction ; les autres étaient inédits. L'auteur nous donne ainsi, à côté d'une étude personnelle, des documents précieux qui peuvent servir à des recherches nouvelles.

L'étude de M. Tanon comprend elle-même deux parties. Dans la première il décrit le droit criminel, procédure et pénalité, qui se dégage des documents qu'il publie, et il le met en lumière avec un sens historique très-net et une érudition des plus sûres. Il reprend ainsi un tableau, qu'il avait esquissé autrefois, et qui maintenant est achevé. Il n'y a guère qu'à louer et à profiter dans les chapitres consacrés au duel judiciaire, aux peines, à la procédure, à l'appel aux cours seigneuriales et officiers de justice, à la compétence, à la décadence et à la suppression des justices de Paris. (Ch. II à VIII).

L'auteur a même établi certains points importants, qui jusqu'ici avaient passé presque inaperçus. Ainsi il montre que, selon une doctrine ancienne, au XIV<sup>e</sup> siècle encore l'appel n'était pas admis dans la procédure extraordinaire. Les textes sur lesquels il s'appuie sont très formels et on pourrait en ajouter d'autres encore <sup>1</sup>. Cependant M. Tanon me paraît aller un peu loin lorsqu'il voit là l'un des traits propres de la procédure extraordinaire. Je croirais plutôt, qu'il y a là une règle empruntée à d'autres principes, et qui coïncide simplement avec l'emploi de la procédure extraordinaire. L'auteur a montré lui-même (p. 76) que nos anciens juristes la fondaient sur les textes du Code de Justinien, qui défendent de recevoir l'appel lorsqu'il s'agit des crimes les plus graves. Comme au début c'était seulement à ces cas que s'appliquait la procédure extraordinaire, on s'habitua à établir un lien entre cette forme de procès et l'exclusion de l'appel, deux choses qui généralement marchaient de front. Dans le Midi l'appel semble avoir été admis en matière criminelle, quelle que fût la procédure suivie; ou si parfois on l'excluait, c'était pour des motifs tirés de la nature même du délit <sup>2</sup>.

Lorsque, comme le montre M. Tanon, le Parlement de Paris

<sup>1</sup> Par exemple la question 175 de Jean Lecoq, ainsi conçue : « Per arrestum fuit dictum Franquetum Sourde bene appellasse a præposito de Castellione qui ipsum ad suspendium condemnaverat per inquestam et *processum ordinarium*. »

<sup>2</sup> Voyez, par exemple, les *Fors de Béarn*, publiés par MM. Mazure et Katoulet : *For de Morlaas*, p. 189 : « Feyt d'orgulh no ha apeu, et hom apele feyt de orgulh, qui fe plague o trey arma bedade (vetita) en la carrero deu senhor. »

admit dans la suite et sans difficulté l'appel des sentences criminelles en matière extraordinaire, la doctrine ancienne me paraît avoir laissé, en disparaissant, une trace importante que l'auteur n'a pas relevée. Les jugements des prévôts des maréchaux étaient, on le sait, rendus sans appel : n'est-il pas vraisemblable qu'institués pour juger les pires criminels ils avaient simplement conservé la vieille règle, telle qu'elle s'appliquait jadis aux crimes les plus graves?

Sur un autre point je critiquerai légèrement la doctrine de M. Tanon. Il a relevé avec raison les passages des registres criminels qui montrent l'individu poursuivi « acceptant l'enquête » (p. 368, 391, 408, 437), mais il les explique en disant (p. 55) : « que selon son caractère primitif, l'enquête devait, pour être pleinement probante, être acceptée par l'accusé. » Cela ne me paraît pas tout à fait exact. Il y a là non pas une règle de preuve, mais un principe touchant à la poursuite. L'enquête, même non acceptée, était complètement probante lorsqu'il y avait une accusation proprement dite : cela ressort bien nettement de l'ordonnance de St-Louis, qui supprime le duel judiciaire et lui substitue l'enquête. C'est lorsqu'il y avait poursuite d'office ou sur simple dénonciation, que l'enquête au début ne put conduire à la condamnation normale qu'autant qu'elle était acceptée par l'individu poursuivi.

Dans la seconde partie de son étude<sup>1</sup> M. Tanon examine une à une les justices de Paris dont il s'est proposé d'écrire l'histoire. Et l'on doit dire qu'il connaît aussi bien les traits et la topographie de l'ancienne ville, que les règles de l'ancienne procédure. Parfois les textes utilisés dans les premiers chapitres repassent sous nos yeux ; mais il ne faut pas s'en plaindre, car, remis alors dans leur milieu d'origine, il est rare qu'ils n'acquiescent pas une valeur nouvelle pour le lecteur.

Les *Registres criminels* inédits que publie M. Tanon, sont très importants. Il contiennent bien des renseignements précieux, que l'auteur a utilisés en partie pour le sujet spécial qu'il traitait, mais qui intéressent l'histoire générale de notre droit. On me permettra d'en signaler quelques-uns.

<sup>1</sup> Chap. IX à XXVI.

Les registres nous placent à une époque où les officiers royaux tentent de continuel empîètements sur les justices seigneuriales. Mais celles-ci se défendent et font plus d'une fois reconnaître leur droit traditionnel. Alors le prévôt royal *resaisit* de son droit le seigneur, ce qui a lieu au moyen d'une tradition symbolique, lorsqu'il n'y a pas de prisonniers à rendre. Tantôt, la *resaisine* a lieu au moyen d'un gant<sup>1</sup> ; tantôt au lieu du justiciable déjà exécuté ou disparu, on rend un mannequin de paille, un *voult* (du mot *vultus*, cf. le verbe *envouter*)<sup>2</sup>. Lors même qu'on rend le prisonnier, l'officier seigneurial atteste par un symbole, la restitution qu'il a obtenue : « le dit chambrier pour resouvenance, gieta en la place devant le dit molin ij solz en poitevines et un boissel de nois<sup>4</sup>. » — « Et fist geter le dit prevost des neffles en remembrance de ce<sup>3</sup>. » Cela prouve la persistance juridique des vieux usages : toutes ces pratiques, en effet, ont leur pendant exact dans les formules et les actes des temps Mérovingiens et Carolingiens.

Nous trouvons aussi des renseignements intéressants sur les droits seigneuriaux et les fiefs. Ainsi nous voyons l'abbé de Saint-Maur-des-Fossés en 1274 (p. 323), et l'abbé de Saint-Germain-des-Prés en 1295 (p. 438), requérir pour le service militaire leurs *hôtes*, c'est-à-dire les vilains qui habitaient sur leur seigneurie : on détermine l'armement que chacun doit avoir, selon sa fortune, et une *montre* ou revue est faite, afin de cons-

<sup>1</sup> Registre de Sainte-Geneviève, p. 352 : « 24 août 1290. En ceste meisme anée... feusmes resaisiz de ij fames, de i gant. » *Ibid.*, p. 370 : « 30 septembre 1302... feusmes resaisiz, ... de ij fames qui avoient esté prises pour soupeon de fausse monoie, et en fu l'une présente de laquele nous feusmes resaisiz, et de l'autre nous feusmes resaisiz d'un gant, pour ce qu'elle n'estoit pas présente. »

<sup>2</sup> Registre de Sainte-Geneviève, p. 374 : « 1263... fu penduz à Monlehery un larron qui fu pris en nostre terre... et feusmes reseisi d'un sac plain de fuerre et d'un chaperon. » *Ibid.*, p. 376 : « Il en furent resaisi à Coutin d'un voult, c'est à savoir d'une chemise et d'un chaperon plain de fuerre en une charrete. » Cf. p. 408. — Registre de Saint-Germain-des-Prés, p. 420, p. 428 : « Et fu faite la ressaisine, au lieu où le dit messenger fu pris, d'un chaperon et d'un gant. » Voyez, M. Tanon, p. 98.

<sup>3</sup> Registre de Sainte-Geneviève, p. 374.

<sup>4</sup> Registre de Saint-Germain-des-Prés, p. 422.

tater que tous sont prêts. Le cas que relate le registre de Saint-Germain-des-Prés est particulièrement intéressant, en ce qu'il nous montre l'abbé requérant même les hôtes qui habitent sur les arrière-fiefs de l'abbaye, ceux dont par conséquent il n'est pas le seigneur immédiat. Ces hommes refusent d'abord, mais ils finissent par obéir, il est vrai, « de la volonté et assentiment de leurs seigneurs, à qui ils en avoient eu délibération. » Malgré cette réserve, cela prouve bien que le droit de requérir les roturiers pour le service militaire était un attribut de la haute justice.

Le registre de Sainte-Geneviève (p. 411), nous montre la tenure en *parage* ou *fréage* en vigueur dans la « chastelerie de Montmorenci... comment que ladite chastelerie soit enclose en ladite viconté de Paris », et il dégage une conséquence intéressante de cette tenure. Il nous donne aussi (p. 405) l'état de propriété, comme on dirait aujourd'hui, d'une justice seigneuriale : c'est-à-dire la liste des divers titulaires par les mains desquels elle a passé.

Un passage important du registre de Saint-Germain-des-Prés (p. 424), détermine d'une manière précise la différence qu'on établissait entre le serf et le juif exploité par un seigneur : « Et dist (le prevost Estienne de l'abaye) que, pour ce que le juif se pooit marier sans le congé du roi <sup>1</sup>, et donner ses biens et à mort et à vie, qu'il n'estoit pas de condition à serf, car serf ne puet tel chose feire. » Quant aux serfs, ils paraissent aussi dans les registres, et l'on y voit en particulier (p. 342, 343, 344) que l'abbé de Saint-Maur-des-Fossés invoquait, avec non moins de rigueur que les seigneurs laïques, la règle d'après laquelle le serf ne pouvait entrer dans les ordres qu'avec l'autorisation de son seigneur ; dans un cas il accorde cette autorisation, mais sous condition que le serf tonsuré continuera à servir l'abbaye et dépendra d'elle comme auparavant <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Il s'agit d'un juif du roi.

<sup>2</sup> P. 344 : « Dictus abbas concessit dicto Johanni, nepoti dicti majoris, tonsuram clericalem, et juravit idem Johannes super sacrosanctis evangelis, quod fidelis erit ecclesie Fossatensi, et serviet si quotienscunque super hoc fuerit requisitus, et quod hospites seu justiciabiles dicte ecclesie non citabit seu vexabit in alia curia quam in curia predictae ecclesie.



Il serait facile de joindre bien d'autres exemples à ceux-là : mais en voilà assez pour montrer tout l'intérêt que présente l'ouvrage de M. Tanon. \_\_\_\_\_ A. ESMEIN.

DU DROIT DU CHASSEUR SUR LE GIBIER,

PAR M. VILLEQUEZ<sup>1</sup>

Compte-rendu par M. AUMAITRE, docteur en droit.

« J'écris, dit l'auteur, pour les chasseurs qui ne sont pas juristes, et pour les jurisconsultes qui ne sont pas chasseurs. » Ancien lieutenant de l'ouvrier et doyen actuel d'une Faculté de droit, M. Villequez a cette bonne fortune d'une double compétence en la question ; mais, à coup sûr et de son aveu, son aide est tout acquise à ses confrères en vénerie, et c'est pour leur obtenir justice des tribunaux qu'il a publié ce livre.

Il a toutefois commencé par faire œuvre de docte et de professeur, en distinguant avec soin des droits dont la confusion est sans doute la cause principale des divergences d'opinion. — Le droit de chasse, ou faculté de chercher et de prendre le gibier, est aujourd'hui réglementé par la loi du 3 mai 1844, loi toute de police, prévoyant le seul délit pénal. — Quant au droit de suite, en vertu duquel celui qui a lancé la bête chez lui pourrait continuer la chasse sur les terres d'un autre, M. Villequez, à son grand regret, constate qu'il est actuellement supprimé. — Enfin se pose la question capitale du livre : quel est le droit du chasseur sur le gibier ? A qui l'animal ? Question de pur droit civil, énergiquement résolue au profit du chasseur. Tout l'effort d'un raisonnement inépuisable et de savantes citations tend à la conversion des jurisconsultes modernes qui, au mépris d'une tradition nationale constante, permettent au passant de tirer la bête, de s'en emparer sous le nez des chiens. La véritable solution est aussi équitable que juridique : le gibier est au premier occupant, et l'occupation date du premier acte de possession ; tant que le chasseur continue la poursuite, il demeure propriétaire exclusif de l'animal. Si plusieurs sont d'autre avis, c'est d'abord qu'ils invoquent une décision connue de Justinien, aussi injuste que tombée en désuétude. C'est ensuite qu'ils ne connaissent pas les

<sup>1</sup> 1 vol. in-18.

diverses espèces de chasse ; ils oublient que les Romains ne pratiquaient ni la chasse à courre, ainsi que nos pères, ni la modeste chasse à tir de nos jours ; ignorance bien excusable, que dissiperont sur tous points les distinctions très claires multipliées dans l'ouvrage, et les récits faits avec la verve d'une soirée de Saint-Hubert.

Tout est donc pour le chasseur : la raison, l'équité, le droit ; reste à lui souhaiter des juges aussi convaincus et aussi compétents que M. Villequez en cette question réservée.

T. H. AUMAÎTRE.


---

Un concours pour l'agrégation des Facultés de droit, ouvert le 3 mars dernier, s'est terminé le 3 mai.

Ont été admis dans l'ordre suivant :

MM. JAY, docteur de la Faculté de Paris.		
MÉRIGNHAC,	—	Toulouse.
PILLET,	---	Grenoble.
MOUCHET,	---	Dijon.
SALKILLES,	---	Paris.
BERTHÉLEMY,	---	Paris.
TIMBAL,	---	Toulouse.
SURVILLE,	---	Paris.
CHARVÉRIAT,	---	Lyon.
JACQUEY,	---	Nancy.

---

*L'Editeur-Gérant* : F. PICHON. 

---

## EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE DE DROIT MARITIME ET DE DROIT INDUSTRIEL,  
(Année judiciaire 1882-1883),

Par M. E. THALLER, professeur à la Faculté de droit de Lyon.

Cet examen doctrinal forme comme le complément de celui qui a paru le mois dernier sur le droit commercial. La législation du commerce offre une telle étendue qu'il a paru convenable de consacrer aux questions de navigation et d'industrie un article séparé. Nous ne dépasserons pas les limites de l'année judiciaire qui expirait en automne 1883. Un grand nombre de documents judiciaires se rapportant à cette année ont déjà été insérés dans le compte-rendu correspondant d'octobre et de novembre derniers, nous n'y reviendrons pas. En revanche, nous enregistrons quelques arrêts de la période antérieure que la *Revue* n'avait pas encore signalés à ses lecteurs.

§ 1<sup>er</sup>. — DROIT MARITIME.

ASSURANCE MARITIME SUR AVANCES EMPLOYÉES EN RÉPARATIONS DE NAVIRE. — DROIT EXERCÉ DU CHEF DU CRÉANCIER, DU CHEF DE L'ARMATEUR SON DÉBITEUR. — NULLITÉ. — Bordeaux, 6 juin 1882, D. Dalloz, 1883. 2. 193.

La Cour de Bordeaux a rendu, au 6 juin 1882, à propos de l'assurance d'une créance se rattachant à une expédition maritime, un arrêt qui, pour s'accorder avec des décisions antérieures de la Cour de cassation (3 janvier 1876, P. 76. 254) et de la Cour de Paris (22 janvier 1877, P. 78. 1129), n'en suscite pas moins la controverse.

Les faits présentaient une certaine complication, nous les ramènerons dans un instant à leur plus simple expression.

Un armateur contracte à Bordeaux une assurance sur corps : le bâtiment subit une avarie dans la traversée et entre dans un port d'Amérique pour y être réparé. Un arrangement intervient entre l'armateur et l'assureur, aux termes duquel celui-ci fait les fonds des réparations et couvrira ses avances par une assu-

rance du prêt contractée en son nom auprès d'une Compagnie de Paris pour compte de qui il appartiendra. Sur ces entrefaites, la première assurance sur corps arrive à son terme, avant que le navire n'ait achevé son voyage. L'armateur contracte une nouvelle police pour la fin de la traversée auprès de cette même Compagnie de Paris qui avait précédemment assuré les avances affectées aux réparations. Le navire périt. L'assureur de Bordeaux se retourne contre celui de Paris et lui réclame le remboursement des sommes qu'il a avancées. Il est à remarquer que l'armateur avait déclaré à la Compagnie parisienne ne posséder aucun intérêt dans cette assurance sur débours. — La Cour de Bordeaux, se fondant sur ce que les avances n'étaient pas une valeur sujette aux risques de la navigation, annule la police destinée à les couvrir, et par conséquent renvoie l'assureur de Bordeaux à son seul débiteur, le propriétaire du navire.

Il faut avant tout bien se pénétrer de cette vérité, que la police sur avances, quoi qu'on décidât, ne pouvait dans l'espèce produire effet au profit du bailleur de fonds, que pour la part incombant à l'armateur dans l'avarie qui avait nécessité la réparation. Le bailleur de fonds jouait en même temps le rôle d'assureur sur corps, du moins au moment des avances ; à ce titre il devait définitivement supporter l'avarie, sous la seule déduction de la plus-value donnée au bâtiment par sa remise à neuf. Il n'aurait pu échapper à cette conséquence que s'il avait pris la précaution de se réassurer avant le sinistre, ce qui n'avait pas eu lieu. Le débat ne pouvait donc sérieusement s'agiter, et le demandeur lui-même l'avait bien compris de la sorte, que pour le supplément de valeur résultant de ce que la réparation avait non-seulement remis les choses en état, mais amélioré le navire.

Cela étant, l'hypothèse peut et doit être simplifiée, pour être bien comprise. La situation s'obscurcit à raison du concours de deux rôles juridiques dans une même personne, il vaut mieux les isoler. Le bailleur de fonds sera tout autre individu qu'un assureur. Il n'a ni hypothèque ni privilège sur le navire, car il ne s'est pas fait subroger expressément à la créance des fournisseurs et ouvriers qui ont radoubé le bâtiment (art. 191, 8<sup>o</sup>, C. com.) En outre l'emprunteur a renoncé au bénéfice d'abandon de

l'art. 216, en sorte que la perte ultérieure du navire laisse le propriétaire tenu au remboursement sur sa fortune de terre. Telles étaient dans l'espèce du procès les conditions du prêt. Le prêteur cependant croit prudent de faire assurer les avances : la destruction du navire le rend-elle recevable à réclamer à son assureur les sommes qu'il eût, en cas d'heureuse traversée, recouvrées à son choix sur le bâtiment ou sur les autres biens de l'emprunteur ?

La réponse négative de la Cour de Bordeaux nous prouve que la jurisprudence n'est pas encore disposée à donner à l'assurance une sphère aussi large que le voudraient certains auteurs.

Si le prêteur, agissant contre l'assureur, avait justifié de l'insolvabilité de l'armateur, peut-être la Cour aurait-elle fait droit à sa prétention : cela n'est pas sûr, c'est du moins vraisemblable. Tout créancier, en effet, étant exposé à voir son débiteur faire de mauvaises affaires, peut se garantir par une assurance contre les risques de faillite qui le menacent ; le dūcroire, en matière de commission, repose précisément sur cette donnée. Un contrat permis dans l'ordre habituel des transactions ne saurait devenir irrégulier, lorsque le débiteur se livre aux spéculations de mer. On se serait trouvé en présence d'une assurance ordinaire, et non d'une assurance maritime : au fond, peu importe la manière dont on la qualifie.

Mais, dans le procès, la solvabilité du débiteur n'était pas en question. D'ailleurs c'était la créance elle-même, en tant que reposant sur le navire, qui avait formé l'objet de l'assurance, et l'assuré prétendait trouver dans la perte du bâtiment la cause suffisante de sa réclamation. On comprend que le problème, ramené à ces termes, soit tranché suivant les circonstances de deux manières différentes : c'est bien d'après une distinction que la Cour de Bordeaux le résout. Nous pensons que cette distinction mérite d'être approuvée.

1<sup>o</sup> La créance sur l'armateur n'est garantie que par le navire ; ou, pour exprimer la même pensée, le propriétaire jouit de la faculté de l'art. 216, il pourra se libérer en abandonnant le navire et le fret. Le naufrage du bâtiment fait perdre alors au créancier l'émolument de son droit, puisque, quand bien même une assu-

rance sur corps eût été contractée, l'indemnité reste partie intégrante de la fortune de terre et ne prend point la place du navire.

La Cour de Bordeaux, après celle de Paris, donne à entendre que l'assurance de la créance ou du navire faite en ce cas par le créancier produira à son profit un entier effet. Assurance de la créance ou du navire, disons-nous : car les deux termes sont équivalents. L'intérêt du créancier porte sur l'existence du navire plus encore que sur son remboursement futur, ou plutôt le premier fait commande le second, il ne doit être remboursé que si le navire revient à bon port et jusqu'à concurrence de sa valeur. L'identité des deux situations est tellement évidente que, si la créance constituait la matière de l'assurance, et qu'elle dépassât le chiffre fixé par l'évaluation du navire, l'indemnité serait inévitablement ramenée à ce chiffre : sans quoi le créancier serait mieux traité au cas de perte qu'au cas d'heureuse arrivée du bâtiment, et l'assurance cesserait d'être un contrat de pure indemnité.

Cette hypothèse n'est pas celle de l'arrêt : on lit pourtant à travers les considérants que la Cour eût validé l'assurance, si les faits s'étaient présentés sous cet aspect. L'aveu est bon à retenir : il prouve que l'ancienne doctrine, qui n'admettait l'assurance maritime que dans les cas spécifiés dans la loi, ne rencontrerait plus aujourd'hui auprès de notre magistrature l'appui qu'elle aurait pu jadis attendre d'elle.

Pour contester la validité de l'assurance souscrite par le créancier, on disait autrefois que l'art. 332, par les énonciations mêmes qu'il renferme, exclut toute autre assurance que celle *du propriétaire ou du commissionnaire*, que la faculté de délaissement est de l'essence de l'assurance et que pour un créancier le délaissement serait un véritable non-sens, que l'assurance ne va pas sans le privilège de l'art. 191 garantissant le paiement de la prime, etc. — L'inanité de ces objections a fait perdre à la thèse une grande partie de ses défenseurs. La faculté de délaisser et le privilège ne sont que des caractères secondaires du contrat, étrangers à certaines assurances maritimes que la loi consacre expressément, comme la réassurance. Et d'un autre côté, ce qui

prouve bien que les mentions de l'art. 332 sont simplement énonciatives, c'est la disposition finale de l'art. 334 : « L'assurance peut avoir pour objet... toutes autres choses ou valeurs estimables à prix d'argent, sujettes aux risques de la navigation. » Le sort de la créance dépend de l'existence du navire, elle est donc exposée aux risques de mer : partant, l'assurance dont elle est l'objet est une assurance régulière et une assurance maritime au premier chef.

2° Mais, dans l'affaire que nous rapportons, le créancier avait pour gage tout le patrimoine de son emprunteur ; la perte du bâtiment n'a pas entraîné la libération de ce dernier. Le droit qui avait formé l'objet de l'assurance n'était plus une valeur sujette aux risques de mer, la Cour de Bordeaux a donc raison de dire que l'assurance ne saurait produire effet.

On a fait valoir, en sens contraire, que, le navire constituant d'habitude la majeure partie de la fortune du débiteur, sa disparition rendait problématique la rentrée du créancier dans ses débours. La question, a-t-on dit, doit être examinée moins suivant les subtilités du droit que d'après un aperçu du fait : or, en fait, il est certain que le créancier, n'ayant plus au jour de l'échéance le gage entier du débiteur sur lequel il comptait, subit par là-même un dommage qui justifie ses prétentions à l'indemnité d'assurance ; peut-être l'assurance n'aura-t-elle pas le caractère maritime, mais elle est valable et c'est tout ce qu'il importe de constater.

Cette considération ne nous paraît pas décisive. Le bénéfice d'une assurance ne peut être obtenu qu'autant que le préjudice est positivement démontré : on ne peut pas écouter l'assuré raisonnant sur une simple hypothèse. S'il établit l'insolvabilité du débiteur, en prouvant que la perte du navire l'a placé au dessous de ses affaires, on verra s'il convient d'interpréter l'assurance sur créance en une assurance de solvabilité. S'il n'établit pas cette insolvabilité, il doit être débouté de sa réclamation, parce qu'il ne démontre ni un préjudice subi ni le fait d'avoir couru des risques de mer ou autres.

Dans l'espèce sur laquelle nous dissertons, l'absence de dommage et d'intérêt est incontestable. Le créancier assuré avait

devant lui un assureur sur corps directement tenu envers l'armateur à l'indemniser de la valeur agréée du navire sinistré ; l'assureur sur corps et l'assureur sur avances formaient même une seule personne. Comment dans ces conditions l'assuré peut-il soutenir que le sinistre lui a fait grief, puisque le patrimoine du débiteur retrouve dans l'indemnité d'assurance la valeur du navire perdu, et que ce patrimoine tout entier constitue le gage du créancier ? La véritable voie pour le créancier consistait à faire opposition sur cette indemnité aux mains de l'assureur, et, comme rien ne prouvait que l'armateur eût cessé d'être *in bonis*, cette saisie-arrêt lui aurait procuré une entière satisfaction. Délaisser la police sur corps pour s'en tenir à la police sur avances, nous le répétons, c'était s'engager dans une voie contre laquelle une plus grande claivoyance aurait prémuni le demandeur.

Nous ne trouvons pas non plus très probant l'argument que l'on a tiré de l'art. 17 de la loi du 10 déc. 1874 dans l'intérêt de la thèse adverse. Ce texte reconnaît au créancier qui a une hypothèque sur le navire le droit de faire assurer le bâtiment pour la garantie de sa créance. Or, ce créancier n'est pas exposé à perdre le bénéfice d'un droit par suite du naufrage, car la faculté d'abandon de l'art. 216 n'existe que pour les dettes contractées par le capitaine, et l'hypothèque ne peut être constituée que par le propriétaire lui-même (l. 1874, art. 3). Pourquoi n'étendrait-on pas aux créanciers chirographaires ce que la loi décide pour ceux qui ont une hypothèque ?

Il y a, suivant nous, une raison grave de se prononcer contre l'extension.

Le créancier hypothécaire a une garantie réelle assise sur le navire : qu'il vienne à périr, la garantie s'évanouit (si le propriétaire du moins n'a pas fait assurer le bâtiment lui-même, et c'est dans ce cas que la loi parle de l'assurance du créancier). Il peut donc trouver dans le sinistre la source de sa réclamation, sans avoir d'ailleurs à apporter la preuve de l'insolvabilité de son débiteur ; sans le naufrage, il aurait été colloqué dans un ordre et par préférence, son gage spécial ayant disparu, il ne pourra plus produire que dans une contribution ; cette simple perspective a pu être considérée par la loi comme un préjudice suffisant, de là



vient qu'elle a validé l'assurance préventive. Pour un créancier chirographaire, la situation ne se présente plus sous le même jour.

Ainsi le bailleur de fonds ne pouvait triompher, agissant de son propre chef. Ne pouvait-il pas du moins vivifier la police en recourant à une voie détournée, en plaidant du chef du propriétaire du navire ? Il a essayé de le faire, mais sans plus de succès.

Il a raisonné ainsi : Les réparations faites au moyen des avances ont procuré au navire une plus-value, la différence du vieux au neuf. L'armateur pouvait faire assurer cette plus-value ; l'assurance d'avances souscrite par le créancier au compte de qui il appartient devra être considérée de la sorte. Le demandeur, agissant soit en vertu de l'art. 1166, soit comme créancier ayant un gage sur la police dont il s'était réservé la possession, rendra à la prétendue assurance sur avances son véritable nom ; il réclamera en conséquence le montant de la plus-value.

C'était aller chercher les choses d'un peu loin. Pour écarter ce moyen, la Cour n'avait, ce semble, qu'à répondre d'un mot : Ce n'est pas la plus-value donnée au bâtiment qui a été garantie par la police, mais les avances faites pour la réparation, aucune assimilation n'est possible entre ces deux objets. Mais la Cour a cru devoir pousser plus loin sa réfutation, en quoi elle a eu tort, car elle paraît avoir versé dans une erreur de droit.

On n'a pas oublié qu'après les réparations une seconde et dernière assurance sur corps, portant cette fois sur la pleine valeur du navire réparé, avait été souscrite par l'armateur pour la fin de la traversée. Cette police ne pouvant se cumuler avec la prétendue police antérieure sur plus-value, la Cour en a conclu que celle-ci, en supposant qu'elle avait existé, avait perdu toute efficacité. — M. Levillain, dans sa note très approfondie insérée sous l'arrêt au Recueil de Dalloz, montre du doigt le vice du raisonnement. C'est le contraire qu'il eût fallu décider ; de deux polices successives faisant double emploi, la seconde en date doit être risonnée, non la première. Dans la mesure de la plus-value produite, l'assurance sur corps, ultérieurement contractée, était caduque.

Cette critique de détail ne nous empêche pas d'approuver la

doctrine de Bordeaux dans son ensemble ; nous avons le regret de nous séparer de l'opinion émise par la plupart de nos collègues sur la matière des assurances de créances.

ASSURANCE MARITIME. — POLICE AU PORTEUR. — EXPRESSIONS NON ÉQUIVALENTES. — Aix, 7 décembre 1882, *Journal des tribunaux de commerce*, 1883, p. 399.

Malgré le silence de la loi maritime, rien ne s'oppose à ce qu'une police d'assurance soit à ordre ou au porteur : la jurisprudence admet la généralisation de ces deux clauses et permet aux parties dans tous les actes de déroger en contractant aux règles de la cession civile de l'art. 1690. La transmission du droit a lieu alors par endossement ou par la tradition manuelle du titre, et le porteur, dispensé de toute signification au débiteur, pourra méconnaître les saisies-arrêts formées sur le droit par les créanciers de son cédant.

Une police renferme deux clauses, l'une portant que l'assurance est faite *pour compte de qui il appartiendra*, l'autre que l'indemnité sera payable *au porteur des pièces justificatives et de la police*. La Cour d'Aix n'admet pas que ces deux clauses puissent équivaloir à une clause *au porteur* proprement dite, et elle donne aux créanciers de l'assuré qui ont fait opposition aux mains de l'assureur, le pas sur le cessionnaire qui n'a pas signifié la transmission (7 décembre 1882).

La thèse est fort suspecte : on ne voit pas bien ce que la Cour exige des parties pour que la volonté d'échapper à l'art. 1690 soit établie. Passe pour la première des deux clauses : bien que de précédents arrêts l'aient interprétée comme une clause au porteur (Voir de Couder, *Dict. v° Ass. marit.*, n° 227), on peut soutenir que son insertion n'a d'autre but que de laisser le propriétaire vrai et définitif de la chose assurée maître de se révéler plus tard et n'influe pas sur le mode de transmission de la police. Mais la seconde clause était décisive, et la solution rendue est fort étrange.

CONNAISSEMENT. — FORCE PROBANTE ENVERS L'ASSUREUR. — ABSENCE DE SIGNATURE DU CHARGEUR. — Req. rej. 24 juillet 1883. P. *Journ. du Palais*, 84, 126.

Le connaissance établit la nature et la consistance des marchandises chargées à bord : il en fournit la preuve non-seulement

entre le chargeur et le capitaine, mais même au regard de l'assureur, en cas de sinistre (art. 283). Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que le connaissement ait été dressé conformément à la loi. Peut-on considérer comme régulier un connaissement dont l'exemplaire produit par le chargeur à l'assureur, porte la signature du capitaine, mais non la sienne, à lui chargeur ?

La Chambre des Requêtees a pu donner raison au chargeur, sans prendre parti : d'autres actes et documents avaient été versés au procès qui permettaient d'établir la preuve du chargé (il est possible en effet de suppléer à l'absence de connaissement par tout autre moyen de preuve, art. 383).

Mais la Cour de Rouen, sur l'arrêt de laquelle le pourvoi avait été formé, s'était prononcé dans le sens de la régularité du connaissement (6 avril 1882).

Nous adhérons à cette doctrine. La loi dit bien que les quatre originaux du connaissement sont signés par le chargeur et par le capitaine (282), et « que le connaissement rédigé *dans la forme ci-dessus prescrite* fait foi » (283). Mais il ne convient pas de suivre de trop près la lettre du texte. Pourvu que le porteur d'un des originaux ait entre les mains la signature de la contrepartie, ayant un intérêt opposé au sien, il nous semble que cela doit suffire : on ne voit pas en quoi l'adjonction de sa propre signature peut augmenter la véracité du titre. D'autant que le bénéficiaire de l'assurance a toujours le moyen de réparer l'omission après coup, ou, s'il n'est pas le chargeur lui-même, de prier son correspondant de la réparer. Nous ne sachions pas que, dans un acte de vente ou dans un bail fait en double, la force probante de l'écrit soit subordonnée au concours des deux signatures sur chaque exemplaire ; il n'y a pas de raison de se montrer plus sévère en matière maritime.

L'opinion contraire a été fort bien présentée par M. Lyon-Caen, mais nous ne partageons pas ses vues.

Au reste le droit international privé était en jeu : le chargement avait eu lieu à Cuba, en vertu de la règle *lex regit actum*, la loi espagnole était applicable. D'après l'art. 800 de ce Code, « le chargeur signera un connaissement qu'il remettra au capitaine, le capitaine en signera autant qu'en exigera le chargeur. »

## § II. — DROIT INDUSTRIEL.

BREVETS D'INVENTION ET MARQUES DE FABRIQUE. — DIFFÉRENCE ENTRE L'INVENTION BREVETABLE ET LE MODÈLE DE FABRIQUE. — POINT DE DÉPART DE LA PRESCRIPTION. — USAGE PERSONNEL. — LICENCE EN MATIÈRE DE MARQUE. — DÉPÔT DE MARQUES ÉTRANGÈRES. — PROCÈS-VERBAL DE CONSTAT NON PRÉCÉDÉ D'AUTORISATION JUDICIAIRE. — Nancy, 26 mai 1883; Nancy, 4 juillet 1883; Dijon, 18 juillet 1883; Crim. rej. 24 février 1883; Paris, 5 mai 1883; Trib. Lille, 30 mai 1883; Paris, 19 juin 1883; *Annales de la propriété industrielle*, 1883, p. 270, 248, 250, 209, 316, 350, 157.

Les décisions rendues dans l'ordre des brevets d'invention ou des marques de fabrique, à part celles qui ont déjà été reproduites dans le précédent examen doctrinal, n'auront pas enrichi cette partie de la jurisprudence de matériaux vraiment appréciables. On s'en convaincra en parcourant rapidement avec nous celles de ces décisions qui, moins ternes que les autres, se détachent de l'ensemble.

Et d'abord, signalons quelques documents sur les brevets :  
 1<sup>o</sup> La propriété de l'invention industrielle et celle du dessin ou modèle de fabrique ne se conservent pas en conformité des mêmes règles : la première nécessite la demande d'un brevet, suivant la loi de 1844 ; la seconde implique seulement le dépôt d'un échantillon ou exemplaire au conseil des Prud'hommes ou au greffe du tribunal de commerce, d'après la loi de 1806 et l'ordonnance de 1825. Des doutes naissent assez souvent sur le caractère de certains produits intermédiaires, paraissant tenir à la fois de l'invention brevetable et du dessin ou modèle.

Ainsi un confiseur imagine une enveloppe de bonbons en sucrerie, ayant la forme d'un obus et muni d'un appareil explosible qui le fait éclater : il traite son invention en modèle industriel, effectue le dépôt et poursuit en contrefaçon un concurrent qui fabriquait un produit semblable.

La Cour de Nancy lui donne raison (26 mai 1883), en réformant la décision des premiers juges qui s'étaient prononcés contre l'application de la loi des dessins ou modèles, protectrice seulement des formes *nouvelles*, et n'avaient cru pouvoir faute de brevet, reconnaître dans l'espèce une application *nouvelle* de moyens connus pour l'obtention d'un résultat industriel. La Cour décide,

fort judicieusement, que, le demandeur ne revendiquant pas le procédé de fabrication lui-même, mais la forme extérieure donnée au produit pour frapper le regard d'une certaine manière, cette forme ne comportait même pas la prise d'un brevet, étrangère aux conceptions purement ornementales. La loi de 1806 est applicable, car il suffit que le dessin ou modèle soit le résultat de formes déjà connues, mais appliquées pour la première fois à un objet nouveau, pour mériter protection. C'est dans cette affirmation que réside l'importance relative de l'arrêt.

2° D'après l'art. 33 de la loi de 1844, quiconque mentionne son brevet, sans y ajouter les mots *sans garantie du gouvernement*, est puni d'amende. Le délit se prescrit apparemment par trois ans, mais on peut se demander quel est au juste le point de départ de la prescription.

Un négociant, poursuivi par un concurrent en contrefaçon de marque, traduit à son tour son adversaire devant plusieurs juridictions pour avoir contrevenu à l'art. 33 dans la manière dont il a pris la qualité de breveté. Ce dernier avait, depuis plus de trois ans, cessé de mettre en vente des produits portant la mention incriminée, mais il en restait encore un certain nombre dans le commerce. Le breveté invoque la prescription. — Les deux Cours, saisies en même temps de l'affaire, l'une, celle de Nancy, refuse de faire droit à l'exception (4 juillet 1883), la prescription ne pouvant commencer à courir qu'à partir du moment où les produits sont retirés de la vente; l'autre, celle de Dijon, accueille au contraire le moyen de défense dans un arrêt plus longuement motivé (18 juillet 1883). Le droit pénal reconnaît bien les délits successifs; mais, pour que le délit dans l'espèce eût ce caractère, il aurait fallu que le défendeur eût les moyens de reprendre les produits livrés au commerce : or, les articles formant le corps du délit avaient été trouvés dans les magasins d'acheteurs agissant pour leur propre compte. Si la divergence des deux solutions ne tient pas à des différences d'espèces, la seconde nous semble la mieux rendue.

3° Le délit de contrefaçon, c'est-à-dire l'atteinte portée aux droits du breveté, consiste soit dans la fabrication de produits, soit dans l'emploi de moyens faisant l'objet du brevet (art. 40 de

la loi de 1844). La bonne foi ne fait pas disparaître le délit, il suffit de comparer l'art. 41 à l'art. 40 pour être édifié. Mais à tout le moins faut-il que l'empiètement sur les droits de l'inventeur ait été commis en vue de réaliser un profit commercial : fabriquer pour son usage personnel le produit breveté, n'est pas un acte répréhensible. — Que penser dans ces conditions de l'agissement d'un fabricant qui, propriétaire d'un brevet et croyant à la contrefaçon d'un rival breveté lui-même, commande au constructeur de ce dernier un appareil pour le rapprocher des siens, et voir si le tiers titulaire du second brevet n'est pas un contrefacteur ? Politique plus sage que celle du breveté qui procède à la saisie, sans avoir pu vérifier d'avance les objets poursuivis.

La Cour de Paris d'abord (3 mai 1882), la Chambre criminelle ensuite (24 février 1883) ont renvoyé le fabricant des fins de la demande. La commande, sans doute, se rapportait à un intérêt de fabrication de la part de son auteur, mais le but visé n'était point une spéculation illicite, il ne s'agissait pas de s'enrichir aux dépens du breveté, le principe de l'exonération du fait d'usage personnel recouvrait donc toute sa portée.

On aurait compris que le demandeur suivit une ligne différente. Le contrefacteur dans l'espèce, aurait-il pu dire, est le constructeur qui a accepté la commande à tort et en a probablement retiré un certain profit. L'auteur de la commande sera alors un complice, coupable de recelé, atteint par l'art. 41. Nous ne nous prononçons pas sur la valeur du raisonnement, dont le défaut apparent eût été d'intervertir les rôles ; il n'a pas été produit au procès.

Passons maintenant aux marques de fabrique.

1<sup>o</sup> La distinction entre la cession du droit et la licence d'exploiter n'avait été jusqu'à présent constatée en pratique que pour les brevets. Le licencié jouit seulement de la faculté d'exploiter le brevet, sans que la concession à lui faite empêche le breveté d'exercer son droit, de le céder, d'accorder de nouvelles licences ; on admet que le porteur de licence n'est pas recevable à poursuivre les contrefacteurs, son seul avantage est d'échapper lui-même à l'action en contrefaçon.

La Cour de Paris (5 mai 1883) vient d'étendre cette théorie aux marques de fabrique. Le propriétaire d'une marque avait concédé pour un temps à un autre industriel le droit de fabriquer et de vendre de la liqueur sous la dénomination de la marque, sans se dessaisir d'ailleurs de sa propriété. Le bénéficiaire, ayant effectué un nouveau dépôt, fort inutile au reste, agit en contrefaçon, suivant la procédure de la loi de 1857, contre un tiers. La Cour annule les saisies, par la raison que l'art. 17 de la loi ne reconnaît le droit de les exercer qu'au *propriétaire de la marque*, et non au porteur de la licence. Ce qui ne l'empêche pas de retenir contre le défendeur le fait de concurrence déloyale et de le condamner d'après l'art. 1382.

Cette seconde partie de la thèse offre peut-être quelque prise à la controverse, dans l'opinion qui refuse l'action en contrefaçon au porteur de licence, parce qu'il n'a aucun droit privatif sur le brevet ou la marque, et que le tort dont il se plaint a été causé à un autre que lui.

2° Les maisons de commerce sises à l'étranger peuvent, d'après l'art. 6 de la loi de 1857, jouir en France de la protection de leurs marques, moyennant la condition de réciprocité pour les marques françaises dans le pays où elles ont leur siège; le dépôt, à raison de l'absence d'établissement en France, a lieu au greffe du tribunal de commerce de la Seine.

Un établissement étranger, s'étant mis en règle avec ce texte, fonde ensuite une succursale en France; le dépôt antérieurement opéré conserve-t-il toute sa force, ou faut-il, pour pouvoir dorénavant agir en contrefaçon, le renouveler au tribunal de la succursale?

Le tribunal de Lille (30 mai 1883) a décidé que le premier dépôt suffisait. La solution ne pouvait faire doute: elle eût été plus délicate au cas où la maison étrangère eût transporté en France, et ailleurs qu'à Paris, le siège principal de ses affaires: même alors la nécessité de renouveler le dépôt dans les quinze années où il a été fait ne nous paraît pas démontrée. Un Français qui changerait de domicile dans l'intérieur est-il avant l'expiration des quinze ans assujéti à un nouveau dépôt pour conserver la propriété de sa marque?

3° La loi (art. 17) permet au propriétaire de la marque de faire constater la contrefaçon par une description détaillée, avec ou sans saisie de l'objet qui donne lieu au procès. Cette description n'est possible que moyennant une ordonnance du président du tribunal ou du juge de paix. — S'ensuit-il que la loi répudie toute autre preuve de la contrefaçon que celle qui résulterait de cette procédure? Apparemment non. L'art. 17 fait une faveur au poursuivant, elle ne lui crée pas une obligation. S'il veut pénétrer de force dans le domicile de son adversaire pour y surprendre le corps du délit, il faut que la justice autorise ses perquisitions. Mais tout autre moyen de preuve serait recevable, les auteurs le reconnaissent sans hésitation, et plus d'un arrêt a confirmé cette appréciation.

Pourquoi faut-il que la Cour de Paris se soit écartée de cette jurisprudence, en annulant au 19 juin 1883 un procès-verbal de constat que le demandeur avait fait dresser, sans autorisation judiciaire, dans le magasin d'un acheteur de produits contrefaits, étranger d'ailleurs aux poursuites? On chercherait en vain à justifier ce revirement que condamnent à la fois la lettre de la loi et les travaux préparatoires.

PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE. — USUFRUIT DE L'ÉPOUX SURVIVANT. — RÉSERVE D'UN ASCENDANT. — MORT DU RÉSERVATAIRE. — PRÉTENTION DE LA VEUVE. — Paris, 18 juin 1883. P. 1883, 1203.

On sait que la loi du 14 juillet 1866, dans son art. 1<sup>er</sup>, al. 2, confère au conjoint survivant de l'auteur, compositeur ou artiste, la jouissance des droits d'auteur, quel que soit le régime matrimonial adopté, pourvu toutefois que le défunt n'ait pas disposé de ses droits. Cet usufruit, destiné à récompenser le veuf ou la veuve de la collaboration probable qu'il a apportée à l'œuvre artistique ou littéraire, ne peut s'exercer qu'à la condition de respecter la réserve des descendants ou ascendants. La présence d'un ascendant réduit la jouissance de la veuve aux trois quarts du droit; puis l'ascendant vient à mourir à son tour, et la veuve prétend que ce second décès opère dévolution à son profit du dernier quart en jouissance. La succession de l'ascendant soutient, au contraire, que ce quart, devenu la pleine propriété du réservataire,



constituait entre ses mains une valeur disponible et qu'il a dû passer à ses héritiers.

La question s'est agitée à l'occasion des œuvres d'un romancier populaire, dont les feuilletons ont fait tressaillir plusieurs générations de lecteurs.

La réclamation de la veuve n'était guère soutenable; la Cour de Paris l'a rejetée au 18 juin 1883. Elle avait séduit pourtant le juge des référés : ce qui n'est pas trop surprenant, car on s'habitue facilement à voir dans la réserve des ascendants un droit viager, — comme elle devrait l'être en bonne législation, — tandis qu'elle consiste dans une vraie propriété. Si la loi attribuait aux ascendants un usufruit à titre de réserve, on comprendrait que l'extinction de cet usufruit ouvrit le droit d'accroissement au profit de l'autre usufruitier, c'est-à-dire de la veuve. Mais il s'agit d'une propriété, dont le bénéficiaire ne pourrait faire retour à un usufruitier, après le décès du titulaire, que moyennant le renversement de tous les principes.

On disait bien que la seule présence de l'ascendant avait écarté la veuve du dernier quart, et que, par conséquent, la disparition ultérieure de cet ascendant devait rendre au droit de la femme toute sa plénitude. Mais qui ne voit que le même langage pourrait être tenu à propos d'une réserve quelconque, au décès de celui qui en a profité ?

MINES. — INONDATION D'UNE MINE PROVENANT DE TRAVAUX FAITS DANS UNE AUTRE.

— ABSENCE DE FAUTE, CONDAMNATION. — Req. rej. 18 juin 1883. D. 83. 1. 413.

Les travaux d'exploitation d'une mine ont fait affluer au bout d'un certain temps les eaux dans une mine voisine, la Compagnie qui subit le dommage actionne l'autre et demande à être indemnisée.

Cette situation est réglée par un article formel de la loi du 21 avril 1810. L'art. 45 de cette loi, sur le sens duquel la Cour de cassation de Bruxelles et les juridictions belges sont fixées depuis 1834, mais qui n'avait pas encore donné lieu en France à une décision de Cour, est ainsi conçu : « Lorsque, par l'effet du voisinage ou pour toute autre cause, les travaux d'exploitation d'une

mine occasionnent des dommages à l'exploitation d'une autre mine, à raison des eaux qui pénètrent dans cette dernière en plus grande quantité; lorsque, d'un autre côté, ces mêmes travaux produisent un effet contraire, et tendent à évacuer tout ou partie des eaux d'une autre mine, il y aura lieu à indemnité d'une mine en faveur de l'autre: le règlement s'en fera par experts. » La Cour de Lyon a, par arrêt du 1<sup>er</sup> mars 1882, condamné la mine auteur du dommage, et le pourvoi a été rejeté par la Chambre des Requêtees, le 18 juin 1883.

En présence d'une disposition formelle posant le principe de l'indemnité, le procès semblait devoir ne soulever aucune difficulté. Le défendeur s'est retranché cependant derrière deux moyens de défense qui ne lui ont pas réussi.

Il a prétendu d'abord que l'inondation de la mine voisine ne provenait pas de sa faute, et que par conséquent il ne pouvait être obligé de réparer un dommage dont il était l'auteur, sans doute, mais non l'auteur coupable.

On lui a répondu que l'art. 45 de la loi de 1810 ne se borne pas à reproduire la théorie de l'art. 1382, sans quoi il serait absolument inutile, que l'intention du texte confirmée par les discussions de l'époque, est de créer une servitude de mine à mine, servitude naissant du seul rapprochement des deux exploitations et absolument indépendante de l'existence d'un fait délictueux. Depuis longtemps, cette interprétation a prévalu auprès de la jurisprudence belge.

La société poursuivie a, en outre, excipé de la cessation de l'exploitation de sa mine, au moment de l'invasion des eaux dans la concession contigüe. C'étaient des travaux anciens qui avaient occasionné à la longue l'infiltration, la mine était maintenant abandonnée. Voici dès lors comment elle a cherché à se soustraire à l'application du texte qu'on lui opposait. La loi règle de front deux hypothèses symétriques: celle où une mine envoie des eaux dans la mine voisine, et celle où elle attire les eaux de cette seconde mine et lui procure indirectement ce qu'on appelle le bénéfice de l'exhaure. Au premier cas, la mine où les travaux ont eu lieu, doit récompense, dans le second cas récompense lui est due. Or, pour que le texte s'applique dans sa seconde par-

tie, il faut de toute nécessité que la mine dont les eaux sont épuisées se trouve encore en exploitation. Donc, les deux cas marchant de pair, il faut aussi que la mine qui a refoulé les eaux dans l'autre soit présentement exploitée pour pouvoir être actionnée en réparation.

Cette distinction n'est pas dans le texte et voilà pourquoi elle n'a pas été admise. L'indemnité est due, n'importe l'époque à laquelle les travaux ont eu lieu. Si la mine épuisée n'est passible d'indemnité qu'à la condition d'être encore exploitée, c'est parce que la redevance a sa source et sa mesure dans le profit causé : or une concession abandonnée ne profite d'aucun avantage. Dans l'autre hypothèse, qui était celle du procès, la base de l'indemnité est dans le dommage occasionné, et ce dommage est le même, que le voisin poursuive ou non sa propre exploitation.

ASSURANCE TERRESTRE CONTRACTÉE PAR UN FAÇONNIER POUR LE COMPTE DU BONNEUR A FAÇON. — ATTRIBUTION DE L'INDEMNITÉ A CE DERNIER. — Grenoble, 12 mars 1883. D. 83. 2. 233.

Un meunier a reçu des blés à façon, en s'engageant à les restituer sous forme de farine. Il contracte une assurance contre l'incendie sur les marchandises en blés et farines que renferme le moulin, et déclare dans un avenant que ces marchandises appartiennent partiellement à ses commettants. Puis il tombe en faillite. La question qui s'est posée devant la Cour de Grenoble et qu'elle a tranchée, par arrêt du 12 mars 1883, dans le sens du commettant, était de savoir si l'indemnité d'assurance, rendue exigible par un incendie, tomberait dans la masse chirographaire de manière à être attribuée au marc le franc à tous les créanciers, ou serait reconnue propre au commettant qui en recueillerait tout le bénéfice en représentation de ses marchandises incendiées.

Si la prétention du commettant était bonne, toute son argumentation n'échappait pas à la critique. Il s'était fondé notamment sur le privilège du vendeur d'effets mobiliers qui à défaut de la chose s'exerce sur le prix (2102, 4<sup>o</sup>), et sur le droit du commettant de revendiquer ce même prix, lorsque la chose a été convertie en une créance d'argent (575, 2<sup>o</sup>, Comm.).

Raisons peu concluantes, car une indemnité d'assurance n'est pas la représentation juridique de la chose qui a péri, mais plutôt des primes qui ont été versées ; et, dans l'espèce, c'est le patrimoine du failli qui en avait fait les frais. Si le prix résultant de la vente est subrogé au bien lui-même, il n'en est pas de même de la somme assurée. En outre, le privilège d'effets mobiliers est formellement exclu en matière de faillite par l'art. 550 al. dern.

La Cour a préféré baser le droit du commettant sur cette idée, qu'il était le véritable titulaire de la police. Il en était ainsi, dit-elle, soit que l'on considère le meunier comme ayant fait office de gérant d'affaires pour son commettant, soit qu'il eût stipulé au profit du client, aux termes de l'art. 1121.

La seconde explication vaut mieux que la première : car, s'il y avait eu gestion d'affaires, le commettant aurait fait les fonds des primes ou indemnisé le meunier de ce chef. La révélation du nom du commettant dans l'avenant avait plutôt imprimé à la police le caractère d'une assurance au profit d'autrui. Et, de même que dans l'assurance sur la vie, le tiers bénéficiaire acquiert un droit propre dès l'instant qu'il accepte l'avantage que la police lui concède, de manière à primer les créanciers du souscripteur en cas de faillite, de même dans l'assurance contre l'incendie, si l'assuré et le bénéficiaire se détachent l'un de l'autre. La stipulation au profit d'autrui se greffe bien d'ailleurs sur un intérêt personnel au meunier ; car si l'assureur n'indemnise pas le commettant, celui-ci se retournera contre le façonnier et l'actionnera en responsabilité, l'incendie étant censé provenir de sa faute.

Il faut, d'après nous, aller au-delà et dire que l'indemnité eût été acquise au propriétaire des blés, alors même que le meunier eût présenté à l'assureur les marchandises comme siennes. Le meunier, en effet, n'a pas seulement fait assurer ses risques de responsabilité, il a fait assurer une somme sur les blés d'une manière générale. Traitant *proprio nomine* pour compte d'autrui, il a agi en commissionnaire. Le commettant lui avait implicitement reconnu la faculté et donné le mandat de souscrire une police ; si les primes sont restées au compte du meunier, c'est parce qu'il a bien voulu n'en pas demander raison au propriétaire. Or, ce même article 575, al. 2, qui avait été présenté dans le débat

sous un angle défectueux, pouvait, envisagé sous un autre aspect, militer en faveur du commettant. Le texte ne vise que la commission de vente, mais on en généralise la doctrine, en l'étendant à toutes les commissions, à la commission d'assurance notamment. Quand un commissionnaire acquiert une créance pour autrui, cette créance est dévolue au commettant, bien qu'une faillite du mandataire amène sur ses biens un concours de créanciers. Le propriétaire est donc recevable à revendiquer non pas le prix, — car qui parle de prix suppose une vente, — mais l'indemnité d'assurance.

Nous apercevons une objection qui semble avoir échappé aux juges. L'indemnité ne doit pas dépasser la valeur que le bénéficiaire eût obtenu, s'il n'y avait pas eu sinistre ; sans quoi l'assurance serait un contrat d'enrichissement. Or, les blés remis à façon ont perdu leur identité, — c'est probable du moins, — en se confondant avec les autres blés emmagasinés au moulin ; en outre, devenus farines, ils ont perdu leur forme primitive ; ces phénomènes de mélange et de spécification n'ont-ils pas anéanti la propriété du commettant, de manière à faire de lui en cas de faillite un créancier subissant la loi du dividende ? Il conviendrait alors de ne l'admettre sur l'indemnité qu'au marc le franc.

Le raisonnement que nous ébauchons n'a pas grande consistance. D'après les principes du droit civil (570 et 573, Civ.), ni le changement de forme ni le mélange ne font perdre au propriétaire de la matière première la propriété qui constitue sa garantie ; tout au plus, sa propriété, dans le second cas, devient-elle une indivision ? Telle est la situation quand l'opérateur a agi à l'insu du propriétaire ; à plus forte raison en est-il de même, si l'opération résulte d'ordres donnés. Cela étant, nous ne croyons pas que ces mots de l'art. 575, al. 1<sup>er</sup>, Comm. : *pourront être revendiquées, aussi longtemps qu'elles existent en nature, les marchandises, etc.*, doivent être pris au pied de la lettre.

ASSURANCE SUR LA VIE ALTERNATIVE. — VALIDITÉ DE LA STIPULATION POUR AUTRUI  
ADJOINTE AU CONTRAT. — ASSURANCE PAYABLE AU DÉCÈS DE L'ASSURÉ A DES TIERS  
OU A SON ORDRE. — ASSURANCE MIXTE. — Besançon, 14 mars 1883. D. 1883.  
2. 129.

Pour saisir la portée de l'arrêt du 14 mars 1883 de la Cour de

Besançon, qui avait été appelée, par un arrêt de renvoi de la Chambre civile, du 10 février 1880 (D. 80. 1. 169), à statuer sur une affaire tranchée précédemment par la Cour de Dijon, il faut rappeler brièvement les règles admises jusqu'à présent en jurisprudence en matière d'assurances sur la vie :

1° L'assurance souscrite au profit de l'assuré lui-même fait, bien entendu, partie de son patrimoine : si elle est stipulée payable avant son décès, il en recueillera l'émolument ; s'il s'agit d'une assurance en cas de mort, la somme assurée se trouvera dans la succession et formera le gage commun de tous ses créanciers. Sous réserve de la faculté pour l'assuré de disposer de cette valeur avant le terme de la police et de céder la créance à autrui ;

2° L'assurance contractée au profit d'un tiers est gouvernée par l'art. 1121 : le tiers bénéficiaire, pourvu toutefois qu'il soit une personne nettement déterminée, peut accepter l'offre de libéralité qui lui est adressée, et, de ce jour, il acquiert sur la somme assurée un droit propre et exclusif. L'insolvabilité de l'assuré avant ou après son décès ne rend pas ses créanciers recevables à se payer sur une valeur qui ne figure pas dans leur gage. Le tiers désigné fût-il héritier, rien ne l'empêche de renoncer à la succession pour s'en tenir à l'assurance. On admet même que l'acceptation de la police par le bénéficiaire peut encore utilement intervenir après le décès de l'assuré donateur : solution qu'on aurait sans doute quelque peine à plier aux principes généraux du droit ;

3° Si l'assurance, contractée en cas de mort, est stipulée payable d'une façon générale *aux héritiers de l'assuré*, ou même en termes plus étroits, *à ses héritiers directs, à ses enfants*, l'absence de désignation précise des titulaires, plus encore que l'incertitude de savoir si l'intention de l'assuré est d'avantager ses héritiers présomptifs actuels ou ceux qu'il laissera à son décès, empêche d'appliquer la théorie de la stipulation pour autrui. Les héritiers trouveront l'assurance dans la succession, elle sera affectée au gage des créanciers héréditaires, on rentre dans le premier cas.

L'affaire portée successivement aux Cours de Besançon et de Dijon, bien que comprenant deux chefs que nous séparerons tout

à l'heure, avait paru à la Cour suprême devoir se ramener à une conception unique. Il s'agissait notamment de plusieurs assurances payables, lors du décès de l'assuré, à ses héritiers (déterminés ou non), ou à son ordre, et après la mort un conflit s'était produit sur l'attribution de la somme entre les créanciers et les bénéficiaires. Sans rechercher s'il y avait eu désignation suffisante, la Chambre civile avait cassé l'arrêt donnant raison à ces derniers, par le motif que la faculté réservée dans la police à l'assuré de négocier son droit au profit d'un cessionnaire quelconque empêchait les bénéficiaires désignés d'acquiescer de son vivant un droit propre sur l'assurance : la valeur devait donc inévitablement dépendre de la succession.

Cette thèse était d'une exactitude fort contestable dans la théorie qui permet au bénéficiaire d'accepter encore utilement après la mort de l'assuré et de faire passer le droit sur sa tête par une adhésion posthume. Peut-être était-elle vraie en soi, mais comment la concilier avec la jurisprudence antérieure des assurances? L'assuré, par la réserve introduite dans la police, oblige les bénéficiaires à suspendre leur acceptation jusqu'après sa mort. S'il n'a pas usé de son vivant du droit de disposer, l'attributaire désigné se prévaudra de la stipulation faite à son profit et entrera dans le contrat : il en est encore temps.

Aussi la Cour de Besançon n'a-t-elle pas voulu s'approprier la doctrine de cassation. Elle avait à se prononcer sur un certain nombre de polices qu'elle a réparties en deux séries.

Les premières étaient payables au décès du souscripteur à ses héritiers ou à son ordre. L'insuffisance de désignation a fait décider à la Cour qu'aucun droit personnel n'était né au profit des héritiers sur les polices. Le résultat visé par la Cour de cassation était atteint, mais par une voie différente.

La seconde série comprenait une police d'assurance mixte, c'est-à-dire exigible à la fois en cas de vie et en cas de mort, en cas de vie au profit de l'assuré s'il atteignait un âge déterminé, en cas de mort survenant avant ladite époque, au profit d'un bénéficiaire désigné, la femme de l'assuré. Dans les espèces litigieuses qui s'étaient présentées jusqu'à ce jour, l'indication vague et générique du tiers avait permis aux arrêts d'invalider la

stipulation pour autrui, sans se prononcer sur le caractère même de la combinaison. C'est la première fois que le problème paraît dégagé de tout alliage. Voilà pourquoi la décision mérite d'être relatée. — Le prédécès de l'assuré à la date fixée faisant échoir la police au profit de la femme, la Cour reconnaît à celle-ci un droit personnel sur l'assurance qui échappe au gage des créanciers. Tout alternatif qu'il soit, le contrat n'en est pas moins censé, quand vient la mort de l'assuré, avoir été dès la première heure souscrit au compte du bénéficiaire seul. La thèse soutenue dans des sphères plus hautes, d'après laquelle on ne saurait tout à la fois stipuler la somme assurée pour soi et pour un tiers, se trouve ainsi réfutée : l'assurance mixte, ce contrat essentiellement moral, comme dit l'arrêt, puisqu'il favorise l'épargne et garantit en même temps une retraite au travailleur et une sécurité d'avenir à la famille qu'il a fondée, est mise à l'abri du discrédit que la réussite de l'autre opinion n'aurait pas manqué de jeter sur elle.

COALITIONS ET GRÈVES. — MISE A L'INDEX. — Crim. rej. 11 mai 1883.  
P. 83. 1076.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a fait, au 11 mai 1883, une dernière application de l'art. 416 du Code pénal. Elle a déclaré atteinte par ce texte la *mise à l'index*, l'interdiction signifiée par la commission exécutive de la grève aux ouvriers, membres de la corporation, de travailler désormais dans l'établissement du patron. Cette interprétation, conforme à de précédents arrêts, n'était pas sérieusement contestable : l'art. 416 frappe les défenses ou interdictions prononcées par suite d'un plan concerté, contrairement au libre exercice de l'industrie. La grève par conséquent n'est licite qu'à la condition de résulter de libres adhésions, et non de mesures impératives.

Ce texte, disons-nous, a été appliqué pour la dernière fois. Aujourd'hui, il a vécu : la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels l'a abrogé. La reconnaissance des corporations syndicales commandait presque fatalement cette abrogation. Dès l'instant qu'on permet aux ouvriers de se grouper et de s'associer, il faut qu'ils puissent délibérer sur la grève et notifier aux adhérents, par l'entremise d'un pouvoir exécutif, les mesures adoptées



en commun : ce n'est pas dans la forme plus ou moins catégorique de la notification que peut résider le délit.

S'ensuit-il que la question de pénalité ait disparu pour la mise à l'index ? Ce n'est pas démontré. Si l'art. 416 a disparu, l'art. 414 qui punit dans la grève les violences et menaces n'est pas touché par la loi nouvelle. Or, ce qui caractérise la mise à l'index, c'est qu'elle est accompagnée de sous-entendus sur le sens desquels l'intimé ne saurait se méprendre : il sait qu'à ne pas obéir il expose sa vie. La menace n'est pas expresse, mais elle existe. Il ne nous appartient pas de faire de la jurisprudence divinatoire, mais nous croyons que la question se représentera.

CHEMINS DE FER. — PROPRIÉTÉ DES MARCHANDISES EN VOYAGE. — SAISIE-ARRÊT PRATIQUÉE PAR LES CRÉANCIERS DE L'EXPÉDITEUR OU DU DESTINATAIRE. — Civ. rej. 26 avril 1882, Civ. cass. 19 juillet 1882. P., 83, 778 et 410.

Il existe, dans le contrat de transport, un ensemble de questions qui tiennent en France dans les préoccupations doctrinales une place bien moindre que dans d'autres pays. On s'en est bien aperçu il y a quelques années, quand les délégués des divers États se sont réunis en conférence à Berne pour jeter les bases d'une convention internationale en matière de chemins de fer. Les idées allemandes ou suisses ont prévalu, celles que l'on suit en France ont paru trop fuyantes pour pouvoir être consacrées.

Toutes ces questions se groupent autour de celle de la propriété des marchandises en cours de voyage : un lien au moins apparent les rattache entre elles. A qui appartiennent les colis pendant la route ? est-ce à l'expéditeur, est-ce au destinataire ? Quelle est celle de ces deux personnes sur qui reposent les actions nées du transport ? Qui peut donner des contre-ordres et signifier des changements de direction ? Les créanciers de l'expéditeur et ceux du destinataire ont-ils un droit égal à immobiliser les marchandises chez le transporteur par des saisies-arrêts jetées entre ses mains ?

La jurisprudence de 1882 contient sur ce dernier point deux décisions intéressantes de la Chambre civile, l'une de rejet en date du 26 avril, l'autre de cassation rendue au 19 juillet. Ces arrêts, quoique nettement motivés, et parfaitement conformes à

la loi, d'après nous, ne semblent pas de nature à répandre sur l'ensemble du sujet une lumière nouvelle.

Il faut commencer par poser des principes généraux et s'assurer de l'exactitude des règles formant l'assise de la matière.

L'opinion commune est que le contrat de transport renferme une stipulation pour autrui se superposant sur une stipulation faite pour soi-même : l'expéditeur demande au voiturier de transporter la marchandise au lieu convenu, il le demande d'abord pour lui, il le demande ensuite pour le destinataire. C'est le cas d'appliquer l'art. 1121 : les actions du contrat naissent au profit de l'expéditeur, mais le destinataire les acquiert aussi de son propre chef, sitôt qu'il manifeste le désir d'en profiter. La conséquence en serait que les créanciers de l'expéditeur aussi bien que ceux du destinataire peuvent pratiquer une saisie-arrêt sur la marchandise, et que le voiturier doit obtempérer à l'opposition, de quelque côté qu'elle vienne. Mais n'allons pas trop vite, la solution du problème commande des atténuations.

La formule générale que nous venons de rappeler n'est pas satisfaisante, elle a le double tort de ne pas isoler la question de propriété de la créance ayant le transport pour objet, et d'emprunter à l'art. 1121 un argument qui n'est peut-être pas de situation.

Ce n'est pas en effet dans la lettre de voiture ou le transport qu'il convient de chercher la réponse à la question juridique de propriété, mais dans une convention préexistante conclue entre personnes différentes et qui a ses règles propres. — Si la marchandise a été expédiée d'une place à une autre, c'est qu'il existait entre l'expéditeur et le destinataire un contrat justifiant cet envoi. Suivant la nature de ce contrat ou les clauses qui y ont été consignées, le colis sera resté pendant le voyage la propriété de l'envoyeur, ou sera devenu celle du destinataire. L'agent de transport, le plus habituellement du moins, ne sera pas renseigné sur le point de savoir dans quel patrimoine se trouve le colis, tandis qu'il le détient : le contrat dont nous parlons sera donc pour le voiturier *res inter alios acta*. S'agit-il d'un envoi de marchandises à un consignataire, évidemment l'expéditeur est propriétaire, il restera tel, même après la remise des colis à destination. S'agit-il de marchandises expédiées à un acheteur, les circons-

tances de fait seront déterminantes, et le plus sûr sera de consulter la facture transmise à l'acheteur où les conditions de la vente sont spécifiées. Tantôt le transfert de propriété s'est effectué au départ, le voiturier a été considéré par les deux parties comme représentant l'acheteur au moment de la prise en charge pour recevoir la marchandise, et cette délivrance, faisant passer la chose de la classe des choses fongibles dans celle des corps certains, transportera du même coup la propriété des colis au destinataire : la marchandise voyagera à ses risques, c'est le cas le plus fréquent, la règle à suivre en cas de doute. Tantôt, au contraire, les marchandises ont été stipulées livrables *juridiquement* à l'arrivée, le transfert de propriété a été suspendu jusqu'à la fin du voyage, la marchandise voyage aux risques de l'expéditeur.

Cela étant, la *revendication* tendant à l'arrêt des marchandises sera exercée par celle des deux parties qui sera à même d'établir sa propriété (sous cette réserve pourtant que, d'après un texte exceptionnel, art. 576, elle appartiendra toujours à l'expéditeur quand c'est la faillite du destinataire qui l'a déterminée), et le plus prudent pour le voiturier, ignorant qui est propriétaire, sera de surseoir, de quelque côté que l'ordre lui vienne. Tout créancier peut saisir-arrêter les effets appartenant à son débiteur (557, Proc. civ.); les créanciers de l'expéditeur ou du destinataire seront donc recevables à mettre la main sur la marchandise, à la condition d'établir la propriété de leur débiteur, et le voiturier engagerait sa responsabilité envers eux, en ne tenant pas compte de leur *veto*.

Quant à l'action personnelle du contrat, elle n'a pas le même point de départ. C'est l'expéditeur qui a traité en son nom, c'est lui qui est créancier et qui exercera des réclamations pour perte, avaries, etc., le cas échéant. Nous ne voyons pas la nécessité de conférer, en outre, une action symétrique au destinataire : il pourra agir sans doute, mais du chef de l'expéditeur, comme son mandataire ou son substitué. On ne fait qu'embarasser la question en parlant d'une prétendue stipulation pour autrui qui viendrait s'enter sur une stipulation pour soi-même. Car enfin le bénéfice du transport n'est pas dû à deux personnes à la fois, le voiturier se libérera par une prestation unique. A la rigueur on compren-

draît que le contrat fut conclu sous une alternative ; suivant les circonstances, il se trouvera que la créance aura été acquise ou à l'expéditeur, ou au destinataire, mais encore faudrait-il que le voiturier pût être renseigné sur les faits donnant ouverture aux droits de l'un ou de l'autre, et, nous le répétons, il n'est pas instruit des rapports existant entre ces deux personnes.

A ce point de vue donc, la saisie-arrêt ne se conçoit que pratiquée par les créanciers de l'expéditeur, le destinataire n'ayant pas un droit propre au transport et ses créanciers ne trouvant rien à saisir sur lui.

Ces explications semblent subtiles, elles pèchent, dira-t-on, par une minutie toute scolastique. On ne peut arriver cependant à se former une conviction absolue qu'à la condition de séparer par un effort d'abstraction la propriété du transport lui-même. Passons les deux arrêts de la Cour de cassation à notre pierre de touche.

Dans la première affaire, l'envoi était fait contre remboursement ; les créanciers du destinataire avaient formé opposition, sur quoi l'expéditeur avait réclamé la marchandise. La Compagnie avait refusé de la lui rendre, sous prétexte de saisie-arrêt, et, aucune mainlevée ne lui étant signifiée, avait fini par procéder à la vente de l'objet. La Cour de cassation donne raison à l'expéditeur. — Rien de plus logique ; les créanciers du destinataire ne pouvaient pratiquer une saisie-arrêt valable qu'à la condition de démontrer le droit de propriété de leur débiteur. Or la clause même insérée dans la lettre de voiture réservait la propriété à l'envoyeur et constituait pour la compagnie un avertissement suffisant. Expédier contre remboursement, c'est stipuler le droit de rétention comme garantie du prix dû par l'acheteur au vendeur, c'est dire que la délivrance translatrice de propriété aura lieu à l'arrivée, c'est déclarer que le colis en cours de route appartient à l'expéditeur.

La seconde affaire au contraire se réfère à un cas de saisie-arrêt exercée par les créanciers de l'expéditeur ; elle portait sur toutes sommes ou valeurs dues ou pouvant appartenir au saisi, mais générale ou spéciale, elle devait produire effet. Rien dans le titre de transport ne donnait à penser que le destinataire fût pro-

priétaire pendant le voyage. Dans ces conditions, la compagnie ne pouvait être condamnée à des dommages et intérêts pour avoir refusé de livrer ; la Cour de cassation l'a ainsi pensé, la doctrine de l'arrêt est d'une correction parfaite.

CHEMINS DE FER. — TARIFS. — FORCE DE LOI, DROIT DE CENSURE DE LA COUR DE CASSATION, PREUVE D'UNE FAUTE PRÉCISE ET DÉTERMINÉE. — Civ. cas. 3 janvier et 9 mai 1883. P. 83, 1053 et 1055.

L'idée que les tarifs de chemins de fer ont force de loi, à raison de l'homologation ministérielle qui est indispensable pour leur mise à exécution, s'accroît de plus en plus dans la jurisprudence de la Cour de cassation ; elle part de cette notion pour descendre dans l'examen des espèces portées devant elle et justifier la censure qu'elle exerce, lorsque l'arrêt lui semble avoir fait une fautive application du tarif (notamment 9 mai 1883). Nous ne serions pas surpris qu'il y eût là-dessous un jeu de mots, involontaire, cela va sans dire. Apprécier les circonstances du litige, n'est-ce pas statuer en fait et sortir par là-même des attributions de la Cour régulatrice ? Non, car il s'agit de l'interprétation d'un tarif, qui est chose de droit...

Cette conception n'est pas seulement obscure, elle est inexacte. M. Lyon-Caen faisait déjà remarquer incidemment l'an dernier (notre Revue, p. 666), que la sanction administrative n'imprimait pas au tarif le caractère d'une loi ou d'un arrêté ministériel. Nous irons même plus loin que notre éminent collègue ; le tarif est une convention privée entre la Compagnie et l'expéditeur, ou, pour mieux dire, c'est un type de convention offert aux expéditeurs, comparable aux conditions imprimées d'une police d'assurance, et qui devient, au fur et à mesure que les particuliers en demandent l'application à leurs envois, autant de contrats individuels. Sans doute cette convention n'est pas libre, le monopole de fait dont jouissent les chemins de fer a nécessité en cette matière une législation propre, c'est une convention portant l'apostille ministérielle, mais non un acte émanant de l'administration, non un acte administratif véritable. Telle est même la raison dominante pour laquelle les tribunaux judiciaires, malgré la séparation des pouvoirs, conservent la faculté d'interpréter les tarifs.

Lorsqu'un procès s'élève, force est bien à la juridiction saisie d'établir un rapprochement entre la clause discutée du tarif et les éléments du fait, et de consigner dans ses considérants l'expression de ce rapport; sans quoi l'arrêt serait vicié par absence de motifs. Si un pourvoi est formé, la Cour de cassation a un droit de contrôle incontestable sur l'arrêt porté devant elle, elle peut l'examiner dans ses motifs comme dans son dispositif, et si elle constate un défaut de raisonnement dans la pensée des premiers juges, elle peut casser, sans excéder ses attributions. Elle ne sortirait de son rôle, que si elle allait puiser en dehors de l'arrêt lui-même des appréciations de fait pour son édification; alors seulement elle reprendrait l'examen du procès, ce qu'elle n'a pas le droit de faire. Cette manière de disculper de tout reproche d'excès de pouvoir la Cour de cassation, lorsqu'elle censure les décisions des tribunaux ou des Cours rendues à propos de tarifs, nous semble plus rationnelle que le procédé de justification employé par la Cour elle-même.

La notion contre laquelle nous tentons de réagir a occasionné d'autres équivoques, d'autres malentendus. Dans les tarifs spéciaux, d'après une jurisprudence aujourd'hui à peu près unanime, les rôles sont intervertis quant à la preuve: en cas de perte ou d'avarie, la Compagnie est présumée exempte de faute, mais l'expéditeur peut prouver contre elle un fait engageant sa responsabilité et obtenir condamnation: nous n'examinons pas la valeur de la thèse, nous constatons. Le commerce trouvant dans ces tarifs une réduction de prix, s'est empressé d'en profiter, il s'est dit que, le cas échéant, une avarie ou la perte du colis ne laisserait pas l'expéditeur sans recours: l'ensemble des circonstances peut plaider contre la Compagnie et donner à penser qu'elle est en faute. Mais voici que la Cour de cassation vient poser en règle que la Compagnie n'est responsable qu'autant qu'il est prouvé qu'elle a commis une *faute précise et déterminée* (3 janvier 1883)! Dans l'espèce, l'arrêt devait être cassé, mais nullement par le motif allégué, il ne pouvait tenir, à raison d'une insuffisance de motifs: le rédacteur s'étant borné à dire qu'« il résultait des faits de la cause que la Compagnie n'avait pas pris de précautions »: c'était trop vague.

Les négociants, eux, n'ont pas vu cette nuance, ils ont retenu l'affirmation de la Cour de cassation : des chambres de commerce ont protesté. La Cour, avec une doctrine plus nette et plus juridique, aurait épargné au commerce ces craintes vaines. La démonstration de la faute ne ressort pas seulement de la preuve positive et directe, elle peut découler de simples présomptions (1353), au commerce surtout où la preuve testimoniale est toujours admissible. — Que les expéditeurs se rassurent ! S'il leur fallait justifier d'un fait déterminé de faute, le tarif de non garantie reviendrait à exonérer toujours la Compagnie ; car, au moment où l'accident se produit, l'intéressé n'est point là pour en constater la cause. Le colis arrive brisé, sans que le conditionnement laisse à désirer : pourquoi un tribunal ne déciderait-il pas que, le bris ayant été *vraisemblablement* occasionné par la trépidation du train ou par un chargement trop brusque, la Compagnie est responsable ?

E. THALLER.

---

## CODE PÉNAL RUSSE

### PROJET DE LA COMMISSION DE RÉDACTION

Par M. Albert DESJARDINS, professeur à la Faculté de droit de Paris.

La Russie possède un Code pénal qui date de 1845. Il y a plusieurs années qu'elle reconnaît la nécessité, et qu'elle annonce l'intention de le réformer. Il n'est plus d'accord avec l'état des mœurs et les progrès de la science, non seulement dans le reste de l'Europe, mais encore dans l'Empire. Le règne d'Alexandre II a introduit dans les institutions des changements considérables, dont les conséquences ne sont pas encore toutes sanctionnées par des textes légaux. Les lois spéciales qui ont touché à des parties, souvent importantes du droit criminel, ont plus d'une fois dérogé aux principes généraux admis jusqu'alors, dérogations qui préparent une abrogation, mais d'où résulte, en attendant qu'elle soit consommée, un inévitable défaut d'harmonie dans l'ensemble de la législation. Plusieurs projets de réforme ont été successivement étudiés ; une commission de rédaction, constituée le 30 avril 1831, en a enfin adopté un, au

moins pour la partie générale du Code pénal; elle a arrêté le texte d'un titre I, *Des infractions et des peines en général*, texte qui a été traduit en allemand et en français; elle l'a accompagné d'un *Exposé de motifs* qui a été traduit en allemand.

Le gouvernement russe et la commission n'ont pas hésité à chercher à l'étranger des comparaisons où ils espéraient trouver des enseignements. Le premier a fait traduire notre Code pénal, ceux de la Belgique, de l'Allemagne, de la Hongrie et des Pays-Bas. La seconde les a étudiés et mis à profit, en ajoutant aux textes législatifs la doctrine qu'elle a demandée à un certain nombre d'ouvrages bien choisis, et la pratique qui lui était fournie par les monuments de la jurisprudence et sur certains points par des documents administratifs. Elle avait en même temps sous les yeux les précédents législatifs ou judiciaires de l'Empire; ainsi elle était mise en garde contre la tentation d'emprunter à l'étranger ce qui ne conviendrait pas au pays. Du reste, elle ne cherchait nullement à dissimuler, ni aux yeux d'autrui, ni aux siens propres, ce que celui-ci offrait de défectueux, se proposant de corriger ce qui pouvait être corrigé, d'approprier son œuvre à ce qui, dans les mœurs ou dans les institutions, ne pouvait recevoir de changement. Dans l'œuvre tout entière, on trouve une connaissance parfaite de la théorie, mais on sent la résolution arrêtée de satisfaire aux besoins vrais de la pratique.

La commission s'est particulièrement appliquée à séparer les deux domaines de la législation et de la doctrine. Elle a cru cependant pouvoir étendre le premier sur plus d'un point, grâce aux progrès accomplis dans le second; elle a résolu plus d'une question que les codes rédigés jusqu'à présent n'avaient pas osé traiter; il lui a semblé que le moment était venu où il était possible et de trouver les meilleures solutions et de les exprimer avec la précision nécessaire. Nous signalerons à ce propos des dispositions dont nous rendons compte plus loin, sur la distinction des délits volontaires ou involontaires, sur la tentative, sur la complicité; nous pourrions en signaler d'autres. Les cas auxquels se rapportent ces dispositions sont, il est vrai, de ceux où il est nécessaire de laisser aux juges un large pouvoir d'ap-



préciation ; mais cette nécessité, que la commission n'a pas méconnue, n'empêche pas de tracer des règles générales, qui doivent donner un secours aux juges, une garantie aux justiciables.

La lecture de ce travail intéressant demandé et publié par le gouvernement russe nous impose une autre observation. Les sentiments les plus louables ont inspiré ceux sur l'ordre desquels il est fait comme ceux auxquels il est dû ; si les uns ont conçu et les autres exécuté la résolution de réformer le Code pénal, c'est pour y introduire plus d'équité ; on ne frappera que dans les cas où il sera indispensable de frapper ; les rigueurs inutiles disparaîtront ; sans avoir beaucoup d'illusions sur la possibilité de ramener les coupables au bien, on a pour eux certains ménagements, on leur reconnaît même certains droits, par prudence et par humanité en même temps ; s'ils ne peuvent devenir meilleurs, que du moins ils ne deviennent pas plus mauvais. Il en est en Russie comme il en a été dans beaucoup d'autres pays ; bien des gouvernements ont été attaqués, et souvent de la manière la plus violente, quand ils travaillaient au bien public avec le plus d'ardeur ; sans se laisser décourager par la conviction trop bien justifiée qu'on ne leur saurait pas beaucoup de gré de leurs efforts, ils se sont appliqués à rendre les lois de moins en moins imparfaites, ils ont voulu supprimer les obstacles qui empêchaient la condition matérielle des populations de s'améliorer, leur condition morale de s'élever. Le droit criminel, en particulier, s'est adouci ; la défense a fait reconnaître ses droits et même obtenir des faveurs. L'on a mieux aimé s'exposer au reproche de désarmer la société qu'à celui d'opprimer l'individu. Les embarras, les dangers même n'ont pas arrêté les chefs des nations dans l'accomplissement d'une noble tâche.

CHAP. 1<sup>er</sup>. *Dispositions générales.* — L'art. 1<sup>er</sup> pose ces deux principes que « nul ne peut être puni pour un fait non prohibé au moment où il a été commis » et que « nul ne peut être condamné à une peine non établie par le présent Code. »

L'art. 2 contient l'énumération des peines principales et l'art. 3 celle des peines accessoires. Ces deux articles auraient peut-être été à leur vraie place en tête du troisième chapitre, *Des peines.* La commission les a compris dans les *dispositions générales* pour

pouvoir classer immédiatement les infractions ; tel est l'objet de l'art. 4. Comme l'art. 1<sup>er</sup> de notre Code pénal, cet art. 4 fait reposer sur la distinction des peines la classification des infractions, et, comme notre art. 1<sup>er</sup>, elle en forme trois catégories, *crimes, délits et contraventions*.

Certes la commission n'ignorait pas les objections faites au Code pénal français ; elle savait que la division tripartite n'est pas adoptée par toutes les législations. *L'exposé des motifs* fait très largement ressortir la nécessité de donner un caractère pratique à un Code pénal, que les citoyens doivent connaître et que les juges doivent appliquer ; la science a son domaine, la loi a le sien ; il faut à la loi une langue précise et bien fixée. Les peines elles-mêmes n'ont été appliquées aux différentes infractions qu'en raison de leur gravité et de l'immoralité supposée ou pour mieux dire révélée chez les agents ; ce travail qu'exigent et le bon sens et la justice, le législateur l'a fait ; il en livre au public le résultat, et il trouve un double avantage à le livrer sous la forme choisie ; d'une part la classification permet de déterminer la compétence des diverses juridictions ; d'autre part, elle permet de grouper les faits, qui forment les diverses catégories, pour les soumettre à un certain nombre de règles communes, par exemple, en ce qui touche la tentative ou la complicité.

CHAP. II. *De l'étendue de l'application du Code.* — Nous relèverons dans ce chapitre les dispositions qui régissent les infractions commises à l'étranger et l'extradition.

*Infractions commises à l'étranger* (art. 7 à 10). — Les sujets Russes sont responsables en Russie de toutes les infractions qu'ils commettent à l'étranger, si elles rentrent dans la catégorie des crimes ou dans celles des délits, quelles que soient les personnes lésées ; ils ne peuvent être poursuivis pour des contraventions que si une telle poursuite est prévue par les traités spéciaux avec les nations sur le territoire desquelles ces contraventions auront été commises ; il n'est pas dit, comme dans notre loi du 27 juin 1866, art. 2, que ces nations doivent être limitrophes ; la commission a rejeté une restriction qui dans certains cas pouvait être incommode (art. 7, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>).

L'art. 7, 3<sup>o</sup>, déclare le Code applicable, « lorsque les étran-

gers se seront rendus coupables de délits attentatoires aux droits de sujets russes. » Les crimes seront poursuivis, même quand ils porteront atteinte aux droits de l'Empire, même quand la victime sera un étranger. Dans ce dernier cas, sans doute, il vaut mieux que le coupable soit jugé là où le crime a été commis ; mais l'extradition peut n'être pas demandée, et quelle dérision pour la justice, quel danger pour la sécurité publique que de laisser circuler librement un meurtrier, un incendiaire !

L'art. 8, 1<sup>o</sup>, exige que le fait tombe sous le coup de la loi pénale dans le pays où il a été commis ; il étend aux crimes cette condition qui est propre aux délits dans notre droit ; mais il ajoute : « sauf les cas indiqués par les articles... » L'*Exposé des motifs* nous apprend que cette réserve permettra d'atteindre les faits qui intéressent l'Etat, le Souverain, faits auxquels les lois étrangères n'attachent naturellement pas de sanction.

La loi étrangère peut se montrer moins sévère que la loi Russe ; la peine devra être réduite conformément à l'art. 53, sur les circonstances atténuantes (art. 8, 3<sup>o</sup>).

La règle du droit français, *Non bis in idem*, est adoptée par la Commission, mais l'application n'en est pas faite absolument comme chez nous.

Aucune poursuite ne peut avoir lieu contre une personne « acquittée ou absoute par l'arrêt irrévocable d'un tribunal étranger. » Mais une condamnation ne produit pas le même effet. Il ne suffit pas qu'une peine ait été poursuivie ; il faut qu'elle ait été subie : « Si le coupable a subi la peine pour l'infraction qu'il a commise (art. 8, 1<sup>o</sup>) ; » il faut même qu'elle ait été subie entièrement ; sinon, la poursuite n'en aura pas moins lieu, et le juge Russe ne tiendra compte de la peine exécutée en partie à l'étranger que pour réduire, conformément à l'art. 53, celle qu'il devra prononcer lui-même (art. 8, 3<sup>o</sup>).

Alors même que la condamnation prononcée à l'étranger a été complètement exécutée, les sujets Russes n'échappent pas encore à la justice de leur pays. A l'étranger frappé au dehors d'une condamnation pénale le territoire de l'Empire peut être interdit ; s'il y est déjà fixé et que sa présence paraisse dangereuse, il en peut être expulsé. Ni interdiction, ni expulsion ne sont possibles

à l'égard du Russe ramené ou volontairement rentré dans son pays à la suite d'une peine subie à l'étranger. L'art. 9 veut que du moins la justice russe le prive de ses droits, le renvoie sous la surveillance de la police et même, dans les cas réservés et laissés en blanc par le texte, lorsqu'il s'agira, nous dit l'*Exposé des motifs*, de faits attentatoires à la personne de l'Empereur ou aux principes fondamentaux de la constitution Russe, prononce contre lui la déportation. Sans doute l'idée qui a inspiré l'art. 9 ne saurait recevoir la même application dans tous les pays ; en elle-même, elle nous semble parfaitement juste.

Le texte ne parle pas des cas où la grâce aurait été accordée, où la prescription se serait accomplie à l'étranger. L'*Exposé des motifs* nous apprend que ces cas rentrent dans les expressions de l'art. 8, 1<sup>o</sup> : « s'il (l'agent) a été... *absous*... par l'arrêt... », mais à une condition : ce n'est pas devant la grâce accordée, devant la prescription accomplie que s'arrête la justice Russe ; c'est devant l'arrêt étranger qui aura prononcé l'absolution en se fondant sur l'une ou sur l'autre. La condition sera bien rarement remplie ; on peut encore supposer une poursuite intentée après les délais de prescription expirés ; mais arrivera-t-il jamais qu'un tribunal ait, pour ainsi dire, à donner acte de la grâce, celle-ci n'ayant pas empêché la poursuite, à moins qu'il ne s'agisse d'un simple entérinement ?

L'application de la règle, *Non bis in idem*, n'est pas subordonnée à l'identité de qualification dans les deux lois, russe et étrangère ; ce qui est essentiel, c'est l'identité du fait. Mais il est possible que le titre de la poursuite change parce que le caractère légal du fait lui-même change en raison de circonstances découvertes postérieurement au jugement étranger ; la commission déclare qu'une nouvelle instance pourra avoir lieu en Russie.

*Extradition* (art. 11).— On est généralement d'accord pour reconnaître l'utilité d'une loi générale posant en matière d'extradition les principes communs auxquels devront se conformer les traités particuliers ; cette loi qui manque à la France, l'art. 11 doit la donner à la Russie ; lui-même s'inspire d'un droit supérieur identique, autant que possible, pour tous les pays civilisés, et est mis en

harmonie avec les dispositions relatives aux infractions commises à l'étranger.

Le fondement juridique du droit qu'a un Etat de requérir l'extradition et de l'obligation qui lui est imposée de l'accorder, quand elle est requise de lui, se trouve dans la solidarité de tous les Etats, dans l'intérêt d'une défense commune contre les actions qui ébranlent l'ordre légal, bien commun des peuples civilisés. Chaque Etat, en rendant service à un autre, obtient pour lui-même un avantage incontestable. L'extradition sert à compléter la répression des faits commis à l'étranger; elle en tient lieu dans certains cas et il n'y a pas à s'en plaindre, la preuve s'obtenant plus facilement sur le théâtre même de l'infraction.

La Commission pose les principes suivants :

1. L'extradition s'applique à des actions d'une certaine gravité, crimes ou délits. Le système de l'énumération limitative, suivi jusqu'à présent, offre, au premier abord, l'avantage d'une grande précision; mais il a de sérieux inconvénients. Les divers traités conclus entre Etats également civilisés, entre Etats qui s'inspirent des mêmes idées pour réprimer les faits coupables, contiennent des énumérations sensiblement différentes; les qualifications varient beaucoup selon les codes; pour ne citer qu'un exemple, dans certaines lois, les mots *meurtre* et *assassinat* comprennent l'empoisonnement et l'infanticide, dans d'autres, ils ne les comprennent pas. L'art. 44 admet l'extradition pour les crimes et délits en général; s'il y a lieu d'apporter des restrictions à cette règle, ce sera l'affaire des traités.

2. Il est possible que l'extradition soit requise à l'occasion d'un fait qui pourrait être jugé en Russie, crime, délit attentatoire aux droits d'un sujet russe, commis à l'étranger. L'extradition est préférable, parce qu'elle assure une meilleure instruction; mais elle ne peut plus être accordée, une fois que le jugement a été rendu en Russie, autrement la règle *Non bis in idem* serait violée, et avec elle, l'autorité des juges, la souveraineté même de l'Etat.

3. La commission est d'avis qu'un Etat peut accorder l'extradition de ses nationaux, et toujours pour cette raison, que le lieu du délit est celui où se rencontrent le plus de chances pour

obtenir une bonne justice ; nous contesterions cette proposition, malgré l'autorité d'un grand nombre de savants distingués et celle de l'Institut de Droit international. Mais la Commission ne propose pas de la faire passer dans la loi nouvelle. Le principe contraire est admis dans les traités de la Russie, dans ceux de presque tous les Etats européens entre eux, dans un grand nombre de codes, dans un certain nombre de constitutions, et la Commission se voit forcée de l'accepter ; l'extradition ne pourrait devenir applicable aux nationaux qu'en vertu de conventions formelles, ou si le système de réciprocité était proclamé sur ce point par une législation étrangère.

4. Le coupable pourra être remis, soit à l'Etat sur le territoire duquel le fait a eu lieu, n'en fût-il pas lui-même sujet ou citoyen, soit à l'Etat dont il est sujet ou citoyen.

L'extradition ne s'applique pas aux faits politiques. Mais il est nécessaire de déterminer avec autant de précision que possible la notion des faits politiques, d'autant plus nécessaire que les crimes de ce genre ont, dans les derniers temps, revêtu les formes les plus diverses. Il faut distinguer entre les actions qui tendent à changer les institutions, même à l'aide de la violence, qui menacent l'Etat dans son indépendance ou son intégrité, et ces forfaits qui, sous le couvert de la politique, montrent le déchainement des plus détestables passions et s'attaquent aux fondements, à l'existence même de toute société. La Commission, sans essayer de définir les faits politiques, renvoie aux articles du Code pénal où seront énumérés les crimes et délits qui en présentent les caractères.

Une autre question s'offrait à elle. L'extradition s'appliquerait-elle aux faits de droit commun, quand ils concourront à une fin politique, homicides, incendies, destructions devant servir à une révolution, ou quand, sans concourir à une telle fin, ils seront commis à la faveur d'un crime politique ou dans le même temps ? La Commission répond affirmativement, mais, comme cette réponse n'est pas en harmonie avec les clauses des traités en vigueur, elle en réserve le bénéfice aux puissances qui, dans les mêmes cas, accorderont l'extradition à la Russie, soit en vertu de traités, soit par application du principe de réciprocité.

Chap. III. *Des peines.* — Nous rapprochons de ce chapitre les art. 2 et 3, qui contiennent l'énumération des peines, soit principales, soit accessoires.

Le principe de l'égalité de tous devant la loi pénale est, sinon proclamé, comme il l'aurait été un siècle plus tôt, du moins appliqué par la Commission. En exposant et en justifiant son projet, la Commission laisse de côté les considérations générales et philosophiques; elle se borne à montrer que la distinction des personnes en privilégiées et non privilégiées se rattachait au système des peines corporelles; celles-ci ne s'appliquaient pas à tout le monde, on a commencé par les restreindre, on a fini par les abolir; tous en sont exempts; le privilège est devenu la loi commune; il n'y a plus de compensation aux justes reproches d'inconséquence et d'arbitraire que mérite le système de l'inégalité avec ses conséquences, tantôt favorables, tantôt dures à l'excès pour les privilégiés. Il ne restera de ce système qu'une différence dans les peines privatives de droits, différence naturelle avec des institutions qui ne donnent pas les mêmes droits à tous les sujets.

La Commission ne maintient pas certaines peines dont le caractère est mixte, à la fois religieuses et séculières. La raison qu'elle donne pour les supprimer, c'est d'abord<sup>1</sup> qu'elles sont incompatibles avec la faculté reconnue aux juges d'accorder les circonstances atténuantes, puisqu'elles sont impérativement prononcées par le droit en vigueur. On en trouve une autre, plus décisive sans doute, un peu plus loin<sup>2</sup>; l'amende honorable, qui implique l'expiation du péché, ne sera plus regardée comme une peine infligée par l'État à des laïques; elle restera désormais une mesure disciplinaire applicable aux ecclésiastiques, le domaine séculier sera distinct du domaine religieux.

D'autres motifs font supprimer d'autres peines: la réprimande, qui n'a pas un caractère vraiment répressif, cessera d'être appliquée, si ce n'est aux mineurs de dix à dix-sept ans; la confiscation générale, injuste et immorale, disparaîtra de la loi russe comme elle a disparu des autres lois européennes. Il en est de même de la mort civile.

<sup>1</sup> P. 6.

<sup>2</sup> P. 37 et 38.

*Peine de mort.* — La peine de mort est maintenue, mais la Commission, sans s'attacher aux discussions théoriques qu'elle soulève, signale les dispositions législatives qui en traitent, les changements qu'elles ont subies comme les différences qu'elles présentent, quand on compare les pays entre eux; sur ce sujet comme sur les autres, à l'étude des législations elle joint celle de la pratique. La peine de mort a, dans le monde entier, perdu beaucoup de terrain, ce qu'expliquent, d'après la Commission, d'une part, le grand changement opéré par les temps modernes dans les conditions de la vie publique et sociale, d'autre part, la place de plus en plus large faite aux sentiments humains dans les lois criminelles. La commission n'en est pas moins d'avis que la peine de mort est légitime en elle-même, que le droit de l'État à l'infliger ne saurait être contesté; il en est comme de toutes les peines, l'État peut, en cas de nécessité, sacrifier les intérêts et les biens de l'individu aux intérêts, à la sécurité de la société tout entière. Mais, ce droit reconnu, il reste à se demander s'il est équitable, s'il est utile d'en faire usage.

Les partisans de la peine de mort rappellent l'antique loi du talion, qui fut si longtemps le principe fondamental du droit criminel, invoquent les exemples que fournissent encore et la justice populaire et la défense individuelle, mais de tels arguments sont vagues; quel compte faut-il tenir de faits appartenant au plus lointain passé? quelle preuve peuvent fournir la manifestation de passions et d'instincts déchainés, éclatant souvent à des heures d'embarras sociaux et de souffrances publiques au sein de foules irritées, et même ce sentiment d'horreur qui naît dans les âmes à l'apparition du crime? L'argument est contredit par d'autres faits plus puissants encore, ceux qui nous montrent le dernier supplice appliqué de plus en plus rarement par les lois elles-mêmes, quand elles ne le font pas complètement disparaître. Il ne faut pas chercher le type de l'équité dans la prétendue justice populaire, si souvent contraire au droit, réveil spontané de sentiments primitifs que le progrès consiste précisément à dominer et même à détruire.

On tire un autre argument de ce qu'il y a certains criminels qui ne peuvent être ramenés au bien, même au prix des plus



grands efforts, contre lesquels le dernier supplice est la seule protection possible. S'il y a des incorrigibles, répond la Commission, ce n'est pas en général parmi les auteurs des crimes les plus graves, c'est parmi les auteurs d'infractions peu considérables en elle-mêmes, parmi ceux qui commettent des vols de peu d'importance, les vagabonds, les recéleurs. Or, il n'y a pas une seule législation qui ose porter, à propos de telles infractions, nous ne dirons pas la peine de mort, mais même les plus sévères des peines privatives de liberté. L'argument conduirait à prononcer la peine de mort contre une personne à cause de ses mauvaises qualités et de son caractère pervers, quand elle ne serait pas pour être attachée à l'action en elle-même.

Reste la force d'intimidation ; c'est le plus puissant des arguments, encore semble-t-il à la Commission singulièrement ébranlé par les faits et par la statistique. La crainte du mal n'a pas assez d'efficacité quand le mal ne doit être subi que dans un avenir éloigné et quand il peut être évité, le coupable compte sur la difficulté que présentera la découverte de la vérité, il espère s'enfuir, il peut trouver un juge indulgent, un souverain clément, il se dit que le nombre des exécutions capitales est bien inférieur à celui des condamnations. La sévérité des lois n'empêche pas l'accroissement des crimes. Il y a tels faits au développement desquels la peine de mort vient même concourir, ceux de l'ordre politique et de l'ordre religieux ; il y a toujours des disciples pour « des témoins qui se font égorger », comme disait Pascal.

La Commission conclut que d'ici à peu de temps les peuples civilisés aboliront complètement la peine de mort, que dès maintenant, si elle reçoit encore quelques applications, ce doit être dans des cas particuliers, quand le cours de la justice ordinaire est interrompu, quand des circonstances exceptionnelles forcent de laisser de côté le droit commun, par exemple, quand une armée se trouve en face de l'ennemi. En Russie, après être restée sans application sous le règne de l'impératrice Élisabeth, la peine de mort fut réduite à trois cas ou plutôt à trois catégories de crimes : 1<sup>o</sup> Crimes contre la personne de l'Empereur et contre les membres de la famille impériale ; 2<sup>o</sup> violations de quarantaines, soumises aux tribunaux militaires ; 3<sup>o</sup> crimes militaires,

naturellement déférés à la même juridiction. La Commission pense que la Russie pourrait faire un pas de plus dans la voie où elle a constamment marché depuis plus d'un siècle et se rapprocher de l'exemple donné par Élisabeth; la peine de mort ne serait plus rangée parmi les peines criminelles de droit commun; mais la question est politique en même temps que juridique; les circonstances permettent-elles de déférer au vœu de la Commission? Elle déclare s'en rapporter au conseil d'État.

Nous sera-t-il permis de dire que les développements et la conclusion de la Commission trahissent un véritable embarras? La théorie et les souvenirs du dix-huitième siècle la font pencher vers l'abolition de la peine de mort; la gravité des circonstances où se trouve la Russie, un sentiment puissant et instinctif des besoins pratiques la retiennent. Peut-être n'est-elle pas aussi convaincue qu'elle le croit être de l'inefficacité de la peine et sent-elle qu'il ne faut pas donner trop de sécurité à certaines gens en la supprimant. Tous les scélérats ne sont pas des héros, et la crainte de perdre la vie est souvent plus forte que l'espoir d'être ignoré, acquitté ou grâcié.

L'art. 13 porte : « La peine de mort sera exécutée par pendaison; elle ne sera pas publique. »

*Travaux forcés* (art. 2, 2<sup>o</sup> et 14). — Avec les travaux forcés commencent les peines privatives de liberté; la Commission renvoie le détail à des lois spéciales; mais elle tient à poser elle-même les principes essentiels sur certains points, la durée, le choix à faire entre le système de l'isolement et celui de la détention en commun, l'obligation au travail, les conditions et la rémunération du travail.

La peine des travaux forcés doit être la plus sévère parmi les peines de droit commun; le droit en vigueur la fait paraître excessive, parce qu'il l'applique trop souvent; la Commission veut la réserver pour les crimes les plus graves; sans en affaiblir la sévérité, on en restreindra l'application; elle devra, comme la peine de mort, mettre pour toujours la société à l'abri des malfaiteurs les plus dangereux.

Les travaux forcés seront prononcés, soit à perpétuité, soit à

temps, de cinq à quinze ans. Pour fixer à quinze ans le *maximum* de la peine, quand elle est temporaire, la Commission ne s'appuie pas seulement sur l'exemple des législations Allemande, Hongroise et Hollandaise ; elle invoque l'autorité des hommes compétents. Un grand nombre de directeurs de prisons trouvent que le délai de quinze ans est trop long et voudraient le réduire à dix ; d'une part, disent-ils, la durée excessive des peines affaiblit les personnes et les rend incapables de travailler après leur libération ; d'autre part, les dernières années détruisent souvent le bon effet qu'ont pu produire les premières. En Russie, les travaux forcés s'appliquent au meurtre, à l'incendie, au brigandage, à des crimes dont les auteurs ont en général de trente à trente-cinq ans ; les condamnés, à l'expiration de la peine, ont l'âge relativement avancé de quarante-cinq à cinquante ans ; or, ils sont alors, nous l'allons voir, soumis à la déportation, et celle-ci suppose ou, pour mieux dire, exige des forces physiques qui permettent de travailler, de fonder un établissement, de subvenir à l'entretien d'une famille.

L'organisation des travaux forcés restera régie par une loi du 11 décembre 1879 ; l'élément essentiel est l'obligation à un travail pénible, soit au dedans de l'établissement spécial, soit même au dehors. C'est au dehors seulement que les ouvrages pénibles peuvent être entrepris, et l'on exposerait trop gravement la santé des détenus, si l'on rendait légalement obligatoire en tout temps un internement que la rigueur du climat rend déjà en fait nécessaire pendant de si longs mois.

Les travaux forcés sont subis dans des établissements spéciaux ; les détenus vivent en commun pendant le jour et sont séparés pendant la nuit.

Les condamnés n'ont droit à aucune rémunération ; toutefois un avis émis par le Comité du ministère de la Justice le 19 juillet 1881 en accorde une à ceux qui sont employés à la construction des prisons ; il leur est alloué 15 0/0 au plus de ce qu'aurait un travailleur libre ; la moitié de la somme leur est remise immédiatement : l'autre est tenue en réserve. Le ministre de l'intérieur peut étendre ce régime à d'autres genres de travaux. Mais la Commission tient à ce que l'allocation conserve le caractère

d'une faveur accordée par l'autorité à ceux qui s'en montrent dignes, à ce qu'elle ne constitue jamais un droit.

Tout en laissant à la loi spéciale la fixation du lieu où se subiront les travaux forcés, la commission marque sa préférence pour la Sibérie orientale. Il n'est pas facile de s'en échapper pour revenir en Europe; on y trouve beaucoup de terres encore libres, beaucoup de richesses encore stériles; on peut y concentrer les travaux; après la libération, les condamnés sont encore soumis à la déportation, mais il n'y a ni frais à faire pour les transporter, ni difficulté pour les établir.

C'est que, en effet, l'art. 14 *in fine* est ainsi conçu: « Les criminels, après avoir subi la peine des travaux forcés, seront déportés dans les lieux à ce assignés; » c'est que la déportation succède aux travaux forcés. On espère résoudre ainsi le grave problème que fait naître la condition des forçats libérés. Mais jusqu'à présent la solution n'a pas été trouvée. Ce sont des gens sans famille, d'un âge ordinairement avancé, fatigués par un travail long et pénible, par conséquent, peu propres à la colonisation; leur penchant ordinaire à la paresse et leur peu de moralité ne permettent guère d'espérer que, même avec l'appui du gouvernement, ils éprouvent le désir de s'employer à l'agriculture; ils préfèrent le vagabondage au travail, à la peine qu'exigerait l'installation d'un établissement; leur existence est livrée à tous les hasards. S'ils sont envoyés dans les villages les plus éloignés, ils échappent à toute surveillance; les plus pervers commettent de nouveaux crimes. Il est nécessaire de renoncer à un système qui offre de si graves inconvénients; la Commission espère qu'il serait possible d'obtenir de meilleurs résultats avec l'organisation nouvelle dont elle pose le principe.

*Détention* (art. 2, 3<sup>o</sup> et 15). — La détention est faite pour les crimes d'une nature particulière, qu'expliquent des aberrations, la violence des passions, l'empire des préjugés sociaux. Sans doute, ce qui est vraiment honteux, ce n'est point la peine, mais en fait, si le crime est connu des juges, du monde judiciaire, de quelques personnes, il reste ignoré d'un grand nombre, il ne tarde pas à être oublié; ce que tout le monde voit et sait, c'est la peine subie dans telle ou telle prison. Or, il est toute une catégorie

d'actions principales, et dans le nombre il en est de graves, qui ne prouvent pas le défaut d'honneur dans l'âme du coupable ; il serait inique de les mettre sur la même ligne que les faits de droit commun. Telle est l'idée qui a fait admettre dans la plupart des codes modernes une sorte de *custodia honesta*. La Commission voudrait qu'elle pût être subie, non seulement dans les forteresses, mais encore dans d'autres lieux déterminés.

« La détention sera prononcée pour deux semaines au moins et dix ans au plus... » Mais « les condamnés à la détention au-dessus de six ans seront, après avoir subi cette peine, déportés dans des lieux à ce assignés (art. 15). » Cette dernière disposition étend à la détention la mesure qui complète déjà la peine des travaux forcés.

*Déportation* (art. 2, 4<sup>o</sup> et 16).— On sait quelle importance a depuis longtemps la déportation dans le droit pénal de la Russie, quelle place occupent dans son histoire la Sibérie et le Caucase.

C'est un changement complet d'organisation qui est proposé aujourd'hui. La déportation en Sibérie ne saurait, d'après la Commission, conserver sa forme actuelle ; elle a en quelque sorte perdu tout caractère pénal. Autrefois la peine était très dure ; e'était à pied, e'était chargé de chaînes que le condamné allait en Sibérie ; il était envoyé dans un désert inconnu, tout au moins dans un pays où les habitants étaient très peu nombreux et appartenaient pour la plupart à une race étrangère. Aujourd'hui toute aggravation corporelle est supprimée ; les transports se font habituellement par chemins de fer et par bateaux ; le pays a été peuplé en partie par des colons russes ; les déserts sont habités. D'un autre côté, toutes les mesures prises depuis de longues années pour astreindre les déportés à une résidence fixe et pour les occuper à des travaux publics ont été inutiles ; s'ils sont encore soumis à de nombreuses déchéances de droits, ces déchéances elles-mêmes ne produisent que de mauvais résultats au témoignage des autorités Sibériennes et il conviendrait de les effacer de la loi.

La déportation ne sert pas mieux la sécurité publique que la répression. Le nombre des déportés, qui s'élève à 18,000 en moyenne, pèse lourdement sur la population ; il met les autorités

hors d'état de remplir les obligations qui leur sont imposées. Rien ne se passe régulièrement ; nul ordre dans les convois ; les séjours d'étape tombent en ruines ou sont trop exigus ; la surveillance est impossible sur les condamnés en marche ; rien ne leur est plus facile que de changer de noms entre eux ou de prendre la fuite ; le personnel chargé de les conduire et de les contrôler est insuffisant ; la fatigue le pousse au mécontentement. Quand les déportés, quand les forçats mêmes arrivent à destination, il n'y a ni listes dressées pour les appeler, ni renseignements préparés pour établir leur identité. La population est dure pour les déportés ; ils devraient recevoir une certaine quantité de terres sur les biens communaux ; l'assignation se fait rarement, et, quand elle se fait, elle ne porte que sur de mauvaises parcelles, éloignées de tout centre, dont l'exploitation, exigeant et beaucoup de travail et de bons instruments, est trop difficile pour les déportés ; les conditions trop rigoureuses dont est entouré le changement de résidence ne leur permettent pas d'aller gagner leur vie ailleurs et autrement. En outre, il est impossible de les surveiller d'une manière sérieuse : ils sont dispersés sur de trop grands espaces. Une somme importante est affectée à la déportation, mais c'est à peine si elle couvre les frais d'entretien dans les hôpitaux des villes, les dépenses nécessaires pour l'assistance des infirmes et des impotents qui arrivent ; il ne reste rien pour la première installation des condamnés valides. Pas de maisons pour les pauvres, pas d'asiles pour ceux qui deviennent infirmes, pas d'écoles pour les enfants. Abandonnés au hasard dans un pays inconnu, la plupart des déportés se livrent au vagabondage, à la mendicité, au vol, quand ils ne vont pas jusqu'aux crimes les plus graves ; leur présence est funeste pour la moralité des habitants ; c'est enfin sur la population que retombe l'entretien des gens devenus, après une longue suite d'aventures, incapables de travailler, la construction et les dépenses des prisons, le transport et la garde de ceux qui doivent y être détenus, la poursuite de ceux qui s'évadent ; l'on pense si des frais aussi lourds ajoutent au mécontentement, déjà vif, de cette population, accablée en même temps qu'inquiétée.

Il faut conserver la déportation, mais avec une application res-

treinte. La législation en vigueur la prononce pour un grand nombre de faits qui supposent une corruption profonde, fabrication d'ukases et de documents faux, autres espèces de faux, associations de brigands, incendie, brigandage simple, récidive de vol et d'escroquerie. Les auteurs de pareils crimes n'ont aucun désir de travailler, quand ils arrivent en Sibérie; ils cherchent toujours à s'en évader ou ils demandent leur subsistance au crime. Les uns doivent être envoyés aux travaux forcés, les autres mis dans des maisons de correction. La déportation sera réservée à ceux qui, pour être coupables, ne sont pas nécessairement pervertis; les vieux croyants, un certain nombre de Polonais, relégués dans des contrées lointaines et inhospitalières, y ont formé de véritables colonies et ont dû vivre pauvrement, il est vrai, mais sans se livrer au vagabondage. Les difficultés signalées disparaîtront une fois que la déportation sera exclusivement appliquée aux crimes politiques et religieux.

Dès lors, il n'y aura plus d'inconvénient à laisser aux déportés ce qu'il leur faut de liberté pour travailler d'une manière productive, pour assurer à la fois le présent et l'avenir. La condition essentielle est que chacun puisse se livrer aux occupations qui lui sont familières; il ne faut pas continuer à envoyer tous les déportés dans les villages les plus lointains; ce système jette dans un grand embarras les gens qui ne sont pas habitués au travail de la terre. Les déportés pourront être autorisés à se fixer n'importe où, même dans les villes; les villes les emploieront si elles veulent aux travaux qu'elles font exécuter; dans les villages, ils seront appliqués à l'agriculture. Les autorités locales conserveront le droit de leur fixer des séjours pour des raisons graves. Les assignations de terres seront faites désormais par l'administration. Celle-ci fournira en outre des secours, de quelque nature que ce soit, à ceux des déportés qui n'ont pas de ressources pour s'établir, le droit de louer son travail en toute liberté ne suffisant pas toujours, surtout au début.

*Maisons de correction* (art. 2, 5<sup>o</sup> et 17). — Cette peine ira du *minimum* d'un an au *maximum* de six. Pendant les six premiers mois, les condamnés seront tenus dans un isolement absolu. L'isolement a une double utilité aux yeux de la Commis-

sion ; d'une part, il ajoute à la rigueur de la peine ; de l'autre, il permet à l'administration de connaître le caractère et les penchants du condamné ; en bornant à six mois la durée de l'isolement, la commission échappe à une grande difficulté, celle qui se présenterait si un nombre excessif de cellules était nécessaire. A l'isolement est jointe la condition du travail, dans le double intérêt de la santé et de la moralité. La Commission expose tous les avantages du système cellulaire.

On remarquera particulièrement la fin de l'art. 17 : « Les condamnés s'occuperont de travaux dans l'intérieur de la maison de correction et ceux du sexe masculin même de travaux publics au dehors, mais, dans tous les cas, séparément des ouvriers libres... » La Commission attache une grande importance à la disposition qui autorise le travail au dehors, et, dans l'*Exposé des motifs*, elle en restreint l'application au temps de l'emprisonnement en commun.

« Un tiers du produit net des travaux sera appliqué au profit des détenus, » dit en terminant l'art. 17. Ce tiers ne leur doit être remis qu'après leur libération ; jusque-là ils peuvent seulement faire des envois à leurs parents avec le consentement et par l'intermédiaire de l'administration. Peut-être est-il bien rigoureux de refuser aux détenus, avant la fin de leur peine, toute autre disposition de l'argent qu'ils ont gagné, et peut-être n'est-il pas très habile de renoncer au stimulant que procurerait la possibilité d'un avantage immédiat.

*Prison* (art. 2, 6<sup>o</sup> et 18). — Cette peine, qui est de deux semaines à un an, est celle dont la loi fait la plus large application. Elle sera subie en cellule, et précisément parce que le grand nombre de ceux qu'elle atteint offre un mélange inévitable de gens dépravés, capables d'exercer une mauvaise influence, et de gens encore novices qu'il est possible et nécessaire de soustraire au contact, aux conseils et aux exemples qui achèveraient de les corrompre. Le *minimum* est très peu élevé, parce que la peine est souvent appliquée, pour des infractions sans importance, à des gens qu'il faut faire rentrer le plus tôt possible dans des familles dont ils sont les soutiens ; la cellule compense par la sévérité ce que la courte durée enlèverait à la peine d'efficacité.



*Arrêts* (art. 2, 7<sup>o</sup> et 19). — Les arrêts se distinguent des peines précédentes en ce que la privation de la liberté en est le seul élément essentiel; les faits pour lesquels la loi les prononce ne sont ni graves ni déshonorants. Le *minimum* est d'un jour, le *maximum* de six mois. La détention en commun est la règle, mais l'isolement peut être accordé à ceux qui le demandent, si la disposition de l'établissement spécial où se subit la peine le permet. Le travail est obligatoire, mais le condamné choisit son genre de travail, et le produit intégral lui appartient.

*Abréviation de la peine par mesure administrative.* — Les art. 21 et 22 donnent à l'administration le pouvoir d'abrèger la durée de certaines peines ou tout au moins d'en suspendre l'exécution et fixent les conditions auxquelles ce pouvoir est subordonné.

Les juges condamnent chaque coupable d'après l'importance des faits qu'il a commis et la gravité du péril qui en résulte pour la société; les directeurs de prisons sont infiniment mieux placés pour connaître à fond le caractère de ceux qu'ils ont à surveiller, ils finissent quelquefois par mieux pénétrer les circonstances et les motifs de l'action délictueuse. Certaines gens font devant les tribunaux parade d'endurcissement et de cynisme, sans craindre de s'exposer au *maximum*, et plus tard, sous l'influence de l'administration, grâce à une espèce de transformation intérieure, les mêmes hommes deviennent meilleurs. L'équité, l'intérêt public demandent que la peine prononcée contre eux ne soit pas exécutée en son entier.

Il y a trois manières différentes d'appliquer ces idées : 1<sup>o</sup> Le souverain a le droit de faire grâce, mais ce droit a un caractère exceptionnel. — 2<sup>o</sup> Un adoucissement peut être apporté au régime pénal; on fera passer le détenu d'une section dans une autre; on n'attendra pas le temps normal pour substituer des mesures plus douces à des mesures plus sévères. Les deux espèces d'adoucissement sont pratiquées en Russie; un forçat qui, dans la classe d'épreuves, a, pendant un certain temps, témoigné de sa soumission aux autorités, de sa sobriété, de sa propreté, de ses habitudes laborieuses, passe dans la classe d'amendement, et, après un nouvel espace de temps, il est soumis à la déportation. — 3<sup>o</sup> Enfin

l'administration peut suspendre la peine avec ou sans condition. Le droit en vigueur admet la suspension de la peine pour les déportés et sans condition; après un séjour de dix ans en Sibérie, ils peuvent, en général, être admis dans la classe des paysans; alors il leur est permis de choisir leur résidence, avec la permission des autorités locales et à charge de s'y rendre directement; trois districts seulement leur sont interdits. Encore le délai de dix ans peut-il être abrégé par les autorités supérieures de Sibérie et réduit à six, pour les déportés qui ont eu une conduite satisfaisante, ont travaillé utilement et acquis une résidence fixe. Le gouverneur général de la Sibérie orientale a la faculté d'accorder spécialement certains avantages. Le projet actuel va plus loin : de l'art. 21, 2<sup>o</sup> ainsi conçu : « Les condamnés en état de déportation pourront, après l'expiration de dix ans de la déportation, obtenir, en raison de leur bonne conduite et par ordre de l'administration centrale des prisons, l'autorisation de quitter leur résidence obligatoire, » peut résulter la permission de rentrer dans la Russie d'Europe, sauf à rester soumis aux déchéances de droits et à la surveillance de la police.

L'art. 22 admet la libération conditionnelle, regardée comme le complément nécessaire d'un système pénitentiaire vraiment rationnel; ceux qui sont condamnés à la maison de correction pour plus de trois ans peuvent seuls en profiter; elle a pour objet de mettre à profit l'amendement déjà obtenu et de l'affermir, et il semble qu'elle ne se justifierait guère appliquée à des peines de courte durée.

*Conversion de l'amende en arrêts* (art. 24). — Quand celui qui est condamné à une amende ne la paie pas, il peut être soumis à la contrainte par corps ou à une peine véritable. La contrainte par corps n'est qu'un moyen de forcer le condamné à user de ressources qu'il serait tenté de dissimuler; le droit français est maintenant le seul qui en maintienne ce caractère à la privation de la liberté, sanction de l'amende non payée. Les autres législations, le droit en vigueur dans l'Empire et le projet font prévaloir le caractère de peine.

Il faut bien reconnaître que, en pratique, la différence n'a pas une grande importance, il n'est pas procédé dans l'art. 24 autre-

ment que dans notre loi de 1867 ; les amendes sont divisées en cinq catégories, à chacune desquelles correspond une détention d'une certaine durée, avec un *maximum* et un *minimum*.

Ce serait l'idée de la contrainte par corps plutôt que celle de la transformation d'une peine en une autre qui semblerait avoir inspiré le second alinéa de l'art. 24. Le projet suppose un paiement total ou partiel à la suite du jugement qui a prononcé la transformation ; si le paiement est total, les arrêts cessent ; n'est-il que partiel ? le tribunal compense dans une proportion qu'il lui appartient de déterminer ; la Commission veut qu'il puisse traiter différemment le condamné, selon que celui-ci avait été réduit à l'impuissance ou qu'il a fait preuve de mauvaise volonté.

CHAP. IV. *Des conditions de l'imputabilité et de la criminalité.* — La Commission a posé le principe de la non-imputabilité dans les termes les plus généraux : « N'est pas imputable le fait commis par un individu qui, soit pour insuffisance de ses facultés intellectuelles, soit par dérangement maladif de l'activité de son âme, soit dans un état d'inconscience, ne pouvait au temps de l'action, comprendre la nature et le sens de ce qu'il faisait, ou diriger ses actions... (art. 36). » C'est à la pratique, guidée par la science, qu'il appartiendra d'appliquer la règle ; elle est assez large pour embrasser les hypothèses les plus diverses ; l'état d'inconscience, notamment, s'entendra de tous ces états, fort différents les uns des autres, qui aboutissent également à la suspension ou à la destruction de l'imputabilité, que les facultés humaines soient surexcitées ou anéanties ; l'hallucination y doit entrer aussi bien que le sommeil, le sommeil obtenu par le chloroforme aussi bien que celui qu'on doit à la nature.

Le projet ne contient pas de disposition spéciale pour le sourd-muet, comme il s'en trouve dans certaines législations ; la règle générale suffira pour lui ; on se demandera en fait à quel âge l'infirmité est arrivée ; existait-elle dès la naissance ? s'est-elle produite à un moment où les facultés intellectuelles et morales n'avaient pas encore pu se développer de manière à créer la responsabilité ? une fois le malheur survenu, l'éducation et le commerce des autres hommes ont-ils pu y remédier et dans quelle mesure ?

Quant à l'ivresse, la Commission combat la pratique dont elle reconnaît l'existence en Russie ; l'ivresse ne supprime jamais la responsabilité, n'atténue jamais la peine ; mais, si affligeante que soit l'ivrognerie, si nombreux que soient ses progrès, l'essence et les conditions de l'imputabilité doivent être respectées ; la règle générale de l'art. 36 couvrira encore celui à qui l'excès de boisson a fait perdre la conscience de ses actes.

*Age* (art. 37 et 38). — La Commission déclare irresponsable l'enfant qui n'a pas atteint dix ans révolus, mais elle offre à la société des moyens de protection contre des dispositions perverses. L'enfant peut être « placé, dans les formes à ce spécialement prescrites ou d'après l'arrêt du tribunal, dans un établissement d'éducation, ou mis sous la surveillance responsable de ses parents ou d'autres personnes qui voudront en accepter les soins. » On remarquera la responsabilité imposée aux personnes qui auront à surveiller l'enfant ; il sera établi que leur surveillance a été insuffisante, si l'enfant commet un nouvel acte prévu par la loi pénale, ils n'en supporteront pas seulement la responsabilité civile ; ils encourront certaines peines. Cette dernière idée ne nous semble pas heureuse, elle n'est pas de nature à encourager ceux qui voudraient se dévouer à l'éducation et à la réhabilitation, déjà difficiles par elles-mêmes, d'un enfant placé par sa naissance et par ses premières années dans de mauvaises conditions ; il ne faut pas rendre le dévouement trop périlleux. Une surveillance dont les conséquences sont si redoutables ne saurait être imposée qu'à des parents ; la loi la rend obligatoire pour les tuteurs, ce qui est aller bien loin ; toutes autres personnes n'en peuvent être chargées que de leur consentement ; s'en présentera-t-il beaucoup ?

Quand l'enfant a de dix à dix-sept ans, les juges doivent se poser la question de discernement. A-t-il agi sans discernement : il est assimilé au mineur de dix ans. A-t-il agi avec discernement : il est puni, mais ce n'est pas dans les termes du droit commun ; à cet âge, le châtement normal consiste à être placé dans un asile d'amendement ; par malheur, les établissements de ce genre sont d'origine récente et en petit nombre dans l'Empire ; il y a, d'ailleurs, certains faits qui exigent une répression véritable. La prison recevra ainsi deux applications, dont la première ira diminuant à

mesure que s'accroîtra le nombre des établissements spéciaux.

La Commission a eu la sagesse de prévoir une situation dont les diverses législations ne s'occupent pas en général. Puisqu'il s'agit de responsabilité, c'est au moment de l'action qu'il faut se reporter pour savoir quel était alors l'âge de l'inculpé; mais, une fois celui-ci condamné, il n'est pas indifférent de savoir à quel âge il est parvenu; s'il a dix-huit ans, ce n'est plus dans un établissement spécial, c'est dans une prison qu'il sera toujours placé; mais une compensation lui sera accordée; le temps pendant lequel il devrait être privé de liberté sera réduit de moitié.

Que le mineur de dix-sept ans soit placé dans un établissement spécial ou dans une prison, la condamnation qu'il encourt ne le place pas pour l'avenir sous le coup de la récidive.

La Commission laisse au Code de procédure pénale à s'occuper de la juridiction devant laquelle doit comparaître le mineur accusé d'un crime, mais elle pense qu'il ne faut pas le renvoyer au jury. La longueur et la solennité de la procédure suivie devant le jury produiraient sur l'enfant une mauvaise impression; il prendrait rang parmi les tristes héros du jour et se piquerait de cette fausse hauteur d'âme qui conduit aux plus grands crimes.

*Impossibilité de prévoir ou de détourner le fait* (art. 39). — La Commission traite ici de la contrainte physique, en laissant de côté ce qu'elle appelle la contrainte psychique pour y revenir dans les art. 41 et 42.

La contrainte physique met dans l'impossibilité de détourner le mal; le cas fortuit, l'ignorance et l'erreur mettent dans l'impossibilité de le prévoir.

*L'Exposé des motifs* indique une autre manière de grouper les causes de non-imputabilité dont s'occupe l'art. 39; les unes sont subjectives, ce sont l'ignorance et l'erreur; les autres sont objectives, ce sont le cas fortuit, qui, d'une manière nouvelle et imprévue, vient imprimer à l'action un caractère délictueux, et la contrainte physique qui subordonne complètement une volonté à une force extérieure ou à la puissance d'un tiers, transformant une personne en un pur instrument. Ce n'est guère que sur l'ignorance et l'erreur que se présentent des difficultés; tel est tout l'intérêt de ce second groupement.

Le manque de prévision, de connaissance, peut se rapporter à trois séries distinctes de circonstances : 1<sup>o</sup> à celles dont dépend le caractère délictueux de l'action ; 2<sup>o</sup> à celles dont dépend le classement de l'action dans telle ou telle catégorie de faits punissables ; 3<sup>o</sup> à celles qui constituent des modalités, sans avoir d'influence, ni sur la détermination légale du fait, ni sur la mesure de la peine.

S'agit-il de la première série : l'ignorance enlève au fait tout caractère intentionnel ; on ne saurait reprocher un meurtre à celui qui a cru frapper un objet inanimé. L'agent ne peut plus être atteint par la loi qu'en raison de sa légèreté et de son imprudence ; l'imprudence elle-même ne cesse d'être imputable que dans les cas où il était absolument impossible de connaître ce qu'on faisait et de prévoir ce qui allait arriver.

Le défaut de connaissance ou de prévision, par rapport aux circonstances de la deuxième série, n'exclut pas l'intention délictueuse en elle-même, il n'empêche pas d'appliquer la peine, mais seulement de l'aggraver ou de l'atténuer en raison des circonstances restées inconnues à l'agent ; encore y a-t-il des cas où le législateur peut prononcer l'aggravation ou accorder l'atténuation sans avoir égard à ce que cet agent a su ou ignoré.

Enfin ni la responsabilité, ni l'application de la peine ne dépendent de la connaissance des circonstances rentrant dans la troisième série.

Le cas fortuit, l'ignorance et l'erreur font disparaître l'imputabilité même quand les actions se présentent à la suite et comme les conséquences d'autres actions défendues par la loi, sous la réserve de dispositions formelles en sens contraire dans des cas particuliers.

*Fait commis en exécution de la loi ou d'un commandement de service... donné par une autorité compétente* (art. 40). — La Commission exprime cette idée, qu'on laisse ordinairement à la science le soin d'exiger : « sous l'observation des règles à ce prescrites, » et elle en ajoute une qui a pour objet de prévenir de graves difficultés, mais qui n'y réussira probablement pas toujours : « (lorsque le commandement) n'ordonnait pas une infraction évidente. »

*Légitime défense.* — L'art. 41 déclare la légitime défense applicable même à l'hypothèse d'un « attentat injuste... aux propriétés... » et, pour couper court aux difficultés qui peuvent s'élever relativement à la mesure à observer dans l'emploi des moyens de défense, il porte : « L'excès de la défense ne sera puni que dans les cas spécialement indiqués par la loi. »

La Commission rapproche du cas de légitime défense, prévu par l'art. 41, celui où une personne agit pour échapper elle-même ou pour soustraire autrui à un danger provenant d'une contrainte ou d'autres causes et qui, au temps de l'action, ne pouvait être éloigné par aucun autre moyen (art. 42) : c'est l'hypothèse de la contrainte *psychique*. La légitime défense rend l'acte licite; fait sous l'empire de la contrainte, il est seulement impuni; c'est à l'auteur de l'agression injuste que la légitime défense cause un mal, c'est à un tiers innocent que nuit le fait accompli en vue d'un danger à éviter; aussi une question qui offre déjà des difficultés quand elle se pose au sujet de la légitime défense devient-elle plus embarrassante encore à propos de la contrainte; quels sont les biens assez précieux pour qu'il soit possible de les faire passer avant le droit d'autrui, de commettre impunément un fait qualifié crime ou délit quand il n'est pas d'autre moyen de les sauver? La Commission distingue : « Ne sera pas réputée infraction le fait commis pour sauver la vie de soi-même ou d'autrui... Dans les mêmes conditions, n'est pas réputé infraction le fait commis pour sauver la santé, la liberté, la pudeur ou autres biens personnels ou les propriétés si son auteur avait une raison suffisante de considérer l'atteinte qu'il portait comme étant de peu d'importance en comparaison du bien qu'il sauvait. »

CHAP. V. *Des formes de la culpabilité.* — Dans ce chapitre et dans la partie de l'*Exposé des motifs* qui y correspond l'on trouve les plus fines analyses et les plus judicieuses distinctions, avec un remarquable effort pour faire passer dans la législation des idées qui jusqu'à présent semblaient réservées à la science.

*Des infractions volontaires et involontaires* (art. 43). — Quatre hypothèses différentes peuvent s'offrir.

1° Une personne fait avec intention un acte qui comprend plu-

sieurs infractions liées ensemble, toutes désirées ou acceptées par elle; par exemple, elle met le feu à une maison pour faire périr les habitants dans l'incendie;

2° Une personne fait avec intention un acte qui entraîne des conséquences non prévues par elle, par exemple, elle commet une mutilation volontaire, d'où résulte la mort;

3° Une personne fait par négligence un acte que suivent des infractions d'une importance inégale; le feu étant mis par négligence dans une forêt, les personnes qui s'y trouvaient à l'insu de l'agent périssent dans l'incendie;

4° Une personne agit avec intention, mais, par suite d'une erreur ou de circonstances fortuites, son acte ne s'applique pas à l'objet qu'elle avait en vue; la faute prend ainsi un caractère complexe. L'agent tire un coup de fusil, manque la personne qu'il vise et en tue une autre; l'acte est une tentative relativement à la première, un homicide par imprudence ou par accident, relativement à la seconde. L'agent frappe une personne, la prenant pour celle qu'il veut tuer; ici encore, par rapport à cette dernière, l'acte ne constitue qu'une tentative; mais en ce qui touche l'autre, il réunit toutes les circonstances exigées pour un délit intentionnel; il ne manque que le lien entre les conditions propres à la conception du dessein coupable et le délit réalisé; celui qui, dans l'obscurité, tue un étranger, le prenant pour son père, commet un meurtre simple et non un parricide.

L'art. 43 déclare l'infraction *volontaire*, « si le coupable, en la commettant, soit voulait la commettre, soit admettait les résultats qui en sont provenus; » *involontaire*, « si, en la commettant, le coupable quoique prévoyant les résultats qui en sont provenus, croyait qu'il les empêcherait ou, quoique ne prévoyant pas le fait ou les résultats qui en sont provenus, pouvait et devait les prévoir ». Quand il s'agit de crimes et de délits, la volonté est nécessaire, à moins que le contraire ne soit exprimé dans la loi; quand il s'agit de contraventions, la volonté n'est pas nécessaire, à moins que le contraire ne soit exprimé dans la loi.

*Tentative* (art. 44-46). — L'art. 44 définit la tentative « l'action qui commence l'exécution d'une infraction volontaire, » mais



*l'Exposé des motifs* prescrit d'entendre ces mots d'une manière beaucoup plus large que le commencement d'exécution, dont parle notre Code pénal, art. 2. Chez nous, la tentative suppose que les faits constitutifs sont commencés; l'art. 44 du projet la trouve dans un acte qui ne doit représenter qu'une circonstance aggravante ou qui n'est qu'un moyen pour arriver à l'exécution des faits constitutifs eux-mêmes; l'effraction constitue certainement une tentative de vol.

La tentative ne sera pas punie à l'égal du fait consommé, elle « constitue l'une des circonstances qui réduisent les peines conformément à l'art. 53 (art. 45, 1<sup>o</sup>) ».

La peine ne s'applique pas quand la tentative est « suspendue par la volonté de son auteur (art. 45, 2<sup>o</sup>), » quel que soit le motif pour lequel celui-ci se détermine. La Commission donne à ces mots une portée très étendue; elle y fait rentrer le cas où un homme, après avoir jeté quelqu'un à l'eau, l'en retire, après avoir allumé un incendie, l'éteint aussitôt; elle ne se fonde pas seulement sur l'utilité manifeste d'une disposition qui peut empêcher l'accomplissement du mal, elle invoque encore la justice, qui ne permet pas de rendre l'agent responsable, quand sa propre volonté a mis obstacle aux conséquences funestes de l'acte déjà commis. Nous ne contesterons pas cette doctrine; mais il nous semble qu'elle aurait pu être expliquée plus nettement dans le texte qui doit devenir la loi; tout le monde ne la trouvera peut-être pas dans ces mots : « La tentative suspendue par la volonté de son auteur. »

Le projet déclare également non punissable « la tentative de commettre une infraction, soit contre un objet qui n'existe pas ou qui n'est pas susceptible d'infraction, soit par les moyens impropres à commettre l'infraction, choisis par l'auteur à cause de son extrême ignorance ou superstition. »

La question que ce texte doit résoudre est une de celles que les législations de l'Occident ne traitent pas, peut-être par embarras. La Commission n'a pas cru devoir imiter leur prudente réserve, et à cause des difficultés mêmes, des contradictions auxquelles celles-ci peuvent donner naissance.

Un examen attentif fait reconnaître des situations très diffé-

rentes parmi celles où l'on constate un délit impossible. L'agent qui prépare du poison dans un verre et qui, au moment décisif, tend par erreur un verre d'eau pure; celui qui n'a jamais eu que de l'eau puré à sa disposition et qui a cru avoir du poison à donner à son ennemi; celui enfin qui fait prendre en réalité de l'arsenic, mais à dose insuffisante pour nuire à une constitution vigoureuse, se servent également de moyens impropres, mais dans des conditions qui n'ont rien de commun les unes avec les autres. Qu'on frappe un cadavre ou qu'on tire un coup de feu à la place où est d'ordinaire un lit et où repose habituellement une personne, mais qui par hasard se trouve vide, ni dans un cas ni dans l'autre le meurtre n'est possible; il ne faut pas cependant confondre les deux cas.

En ce qui touche les moyens impropres, la Commission distingue :

1<sup>o</sup> L'action était conçue dans une forme et dans des conditions telles qu'elle devait s'accomplir; si l'accomplissement a manqué, c'est que l'agent, par suite de causes fortuites, s'est servi pour l'exécution de moyens impropres; cette hypothèse présente tous les éléments qui caractérisent la tentative punissable; une punition sera infligée, pour tentative d'empoisonnement, à celui qui, après avoir préparé une boisson empoisonnée, a tendu par erreur le verre d'eau pure, pour tentative de meurtre, à celui qui a tiré sur un autre avec un fusil déchargé à son insu;

2<sup>o</sup> L'agent a choisi des moyens impropres pour exécuter le projet qu'il avait formé; en principe, il n'en sera pas moins puni pour tentative; supposons qu'il ait mêlé à une boisson une dose d'arsenic trop faible pour donner la mort, que, en vue d'une escalade, il soit monté à une échelle qui s'est trouvée trop courte. Pour qu'on lui accorde l'impunité, il faut que le choix même atteste une complète et grossière ignorance; alors, s'il y a toujours un désir, un projet coupable, il n'y a plus de danger pour la société.

L'impossibilité peut tenir à l'objet. Tout crime suppose une atteinte portée à un objet protégé par la loi; quand un tel objet n'existe pas, il n'y a pas de tentative possible. Il en est de même quand une infraction suppose des conditions qui n'existent pas dans un objet d'ailleurs existant; l'avortement d'une femme qui

n'est pas enceinte est impossible; celui à qui une chose appartient ne peut la voler.

Mais il est possible que l'objet existe, qu'il offre les conditions auxquelles l'infraction est attachée, et que, au moment où celle-ci est tentée, il ne soit pas dans le lieu, dans la situation où l'agent croyait le trouver. Un homme s'introduit dans une maison, ouvre un coffre, avec l'intention de voler; il n'y a rien dans la maison, le coffre est vide, il n'y en a pas moins tentative de vol.

A la différence de la plupart des législations, le projet (art. 46) donne une notion générale des actes préparatoires, pour permettre de les distinguer plus sûrement encore, soit de la tentative, soit d'une simple manifestation d'intention:

*Complicité* (art. 47 et 48).—La Commission cherche le caractère essentiel de la complicité en général; elle le trouve dans l'existence d'un accord pour l'exécution d'une ou de plusieurs infractions, déterminées ou indéterminées. A défaut d'un tel accord, il ne saurait y avoir de complicité, une personne ne pourrait avoir à répondre que de ses actes propres. L'accord n'est pas toujours exprimé; il n'est parfois démontré que par les actes eux-mêmes; il peut porter sur l'action tout entière, ou, quand celle-ci est complexe, se restreindre à une seule partie.

Il faut ensuite qu'une infraction ait été commise; l'accord doit avoir pour conséquence une action à laquelle concourent tous ceux entre qui il s'est établi. Les deux faits, accord, exécution, seront quelquefois séparés par un long intervalle de temps, il n'importe; on remarquera seulement que, si l'exécution, pour constituer la complicité, suppose nécessairement l'accord préalable, l'accord préalable n'est pas nécessairement suivi de l'exécution.

La convention ne suffit pas pour constituer la tentative; ce n'est que la manifestation d'un dessein coupable, ce n'est qu'un acte préparatoire, soit que le dessein conçu ne soit mis à exécution par personne, soit que l'exécution, entreprise par les uns, soit délaissée par les autres; dans ce dernier cas, le nom de complices sera réservé pour ceux qui participent à l'exécution; l'accord en lui-même sera assimilé à un acte préparatoire et, par conséquent, il ne sera puni que dans les cas prévus par la loi,

parce que le crime projeté est d'une gravité exceptionnelle ou à cause du danger que le fait de l'association présente par lui-même.

L'art. 47 distingue trois catégories de complices : « 1° Ceux qui auront directement participé à l'exécution du fait ; — 2° Ceux qui auront provoqué d'autres à participer à ce fait ; — 3° ceux qui, soit par conseils ou indications, soit en procurant des moyens ou en écartant des obstacles, auront aidé à commettre le fait. »

A propos de la provocation, nulle indication de moyens ; la provocation, voilà la chose essentielle, unique. L'*Exposé des motifs* en indique les conditions : 1° Il faut que le provocateur ait agi avec intention, soit qu'il désirât l'accomplissement du fait, soit qu'il acceptât les conséquences qui en sont résultées ; celui qui pousse une personne à brûler une maison, sachant que la mort, indifférente pour lui, d'un tiers qui s'y trouve peut résulter de l'incendie doit être puni comme ayant provoqué indirectement à un meurtre ; — 2° Il faut que le provocateur se soit proposé, non-seulement de faire commettre l'action coupable, mais encore de la faire commettre par la personne qu'il a provoquée ou avec son concours ; — 3° Ne saurait être regardé comme provocateur celui qui a développé en autrui des penchants et des habitudes coupables, quand il n'y a pas de lien entre la perversité qu'il a favorisée et une infraction déterminée ; — 4° L'effet de la provocation est de décider quelqu'un à participer à une action coupable ; celui qui donne des conseils ou des renseignements, qui approuve un crime projeté, qui ne l'empêche point, peut, sous certaines conditions, être regardé comme ayant fourni à un criminel aide et assistance, il n'a pas provoqué au crime. C'est seulement dans chaque espèce qu'il est possible de distinguer l'assistance intellectuelle de la provocation ; pour faire cette distinction, ce n'est pas au moyen employé qu'on s'attachera ; on se demandera si, en fait, une personne a, d'une manière quelconque, décidé une autre personne à commettre l'action coupable ; — 5° Est provocateur quiconque, par n'importe quel moyen, a intentionnellement déterminé une personne à participer d'une manière quelconque à une action coupable ; — 6° Il n'est plus question de provocation, quand celui qui exécute est lui-même

incapable, à cause de son âge ou de son défaut de raison ; ce n'est plus qu'un instrument physique aux mains d'un autre ; cet autre, voilà l'auteur.

La Commission adopte avec un tempérament le principe si contesté de notre Code pénal, art. 59. Elle soumet à la même peine tous ceux qui, en vertu d'un accord, ont participé à l'exécution d'un fait punissable ; elle charge seulement le juge de réduire cette peine, conformément à l'art. 53 du projet, en faveur de ceux « dont l'assistance aura été de peu d'importance. »

La peine dont il s'agit est celle qui est applicable au fait accompli et en tant que ce fait est accompli par suite de l'accord ; toute action qui n'avait pas été prévue dans cet accord et qui n'en était pas la conséquence naturelle demeure exclusivement à la charge de ceux dont la participation a été directé.

Quant aux causes d'aggravation et d'atténuation, pour savoir quelle influence elles doivent exercer sur la situation de ceux qui ont participé au fait punissable, il faut se demander si elles ont un caractère réel ou personnel. L'effraction, qui permet d'accomplir le vol, les tortures qui précèdent le meurtre, ont un caractère réel ; il en résultera une aggravation de peine, même pour ceux qui ont pris part à l'accord sans agir eux-mêmes. L'agent peut, il est vrai, avoir dépassé les limites assignées au dessein commun et avoir accompli le fait coupable dans des conditions qui n'avaient été ni exprimées ni prévues au moment où l'accord se formait ; il n'importe, au moins si ces circonstances aggravantes avaient pu être prévues alors.

Les causes personnelles, au contraire, n'auront d'effet qu'à l'égard de ceux qu'elles concernent, qu'elles tiennent à l'âge, au repentir, à une précédente condamnation ou aux rapports existant entre un coupable et la victime, rapport de parenté, par exemple, à la position de fonctionnaire public, qu'elles aggravent ou qu'elles atténuent le châtement ; il en serait de même des circonstances personnelles qui rentreraient parmi les éléments constitutifs.

Les législations de l'Europe occidentale sont muettes sur une question que le projet règle de la manière suivante : « Les complices qui auront renoncé à participer ultérieurement à l'infraction

tion et auront, pour l'empêcher, pris à temps toutes les mesures en leur pouvoir, seront exempts de toute peine. »

La Commission se demande si elle doit parler des auteurs après avoir traité des complices. Les complices sont ceux qui participent au fait coupable ; d'après le droit en vigueur, les auteurs sont ceux qui n'empêchent pas ce fait, ceux qui recèlent le criminel ou cachent le crime, qui prennent une part dans le profit, qui ne dénoncent pas le crime imminent ou déjà exécuté. La Commission retranche de la partie générale ce qui les concerne, en se réservant de prendre dans la partie spéciale et pour des cas particuliers des dispositions relatives à ces différentes manières de favoriser le mal.

CHAP. VI. *De la commutation et de l'atténuation des peines.* — Nous remarquerons dans ce chapitre l'art. 53, relatif aux circonstances atténuantes, dont le législateur fait, nous l'avons dit plusieurs fois, la règle commune à tous les cas d'atténuation, et l'article 54, relatif à l'imputation de la détention préalable sur certaines peines.

« La détention préalable pourra être imputée sur la durée de la peine, lorsque le coupable sera condamné à la peine de la détention de six ans ou plus, de la maison de correction, de la prison ou des arrêts. »

La commission ne dit rien des peines plus graves ; d'une part, si celles-ci sont prononcées, c'est que la détention préalable est justifiée ; de l'autre, elles entraînent comme conséquence la déportation, perpétuelle par essence. Entre la détention préalable et l'amende, il y a un défaut de rapport qui ne permet pas l'imputation ; l'art. 53 permettra au juge d'abaisser le taux de l'amende à l'égard de celui qui aura été longtemps retenu prisonnier avant d'être jugé.

L'art. 54 ne donne au juge qu'une faculté, parce que la prolongation de la détention préalable est peut-être causée par la faute du coupable, mais cette faculté est très étendue ; le juge est libre d'imputer complètement le temps de cette détention sur celui de la peine, jour par jour, ou d'en tenir compte dans toute mesure qui lui paraît équitable.

CHAP. VII. — *Du concours d'infractions et de la récidive.*

*Concours d'infractions* (art. 55 et 56). — Le système français, celui de l'absorption dans la peine la plus forte, est celui auquel la Commission s'arrête, malgré les objections qu'il soulève et qu'elle rapporte elle-même; mais elle le restreint aux cas où il lui semble que la pluralité des infractions n'annonce pas un danger plus grand pour la société; dès que la société sent croître le péril, la répression doit croître en même temps.

Il y aura deux espèces de concours, le concours *simple* et le concours *qualifié*. Le premier sera soumis à la règle de l'absorption; la peine la plus forte sera seule prononcée, et, pour déterminer quelle est la peine la plus forte, il faudra considérer celles qui auront été encourues dans l'espèce: « Le tribunal, après avoir déterminé la peine en raison de chacune de ces infractions, prononcera contre le coupable la peine la plus grave (art. 55, 1<sup>o</sup>). » La règle de l'absorption s'applique aux amendes, excepté quand elles ont le caractère de réparation civile; au contraire, les peines accessoires ne s'y prêtent pas et n'y sont pas soumises; fussent-elles attachées à la moins forte des peines principales, elles n'en seront pas moins encourues.

Il y aura concours *qualifié* (art. 56) à deux conditions: 1<sup>o</sup> Il faut qu'une personne ait commis plusieurs infractions de la même espèce, appartenant à un même groupe de faits, classées ensemble dans la partie spéciale du Code pénal. Des incendies et un vol avec violence constituent un concours qualifié; qu'on remplace le vol par un meurtre, on n'a plus qu'un concours simple. — 2<sup>o</sup> Le juge doit constater que le prévenu a commis ces infractions « par habitude de conduite criminelle ou par suite d'avoir converti la conduite criminelle en sa profession »; quand une affaire est déférée au jury, une question spéciale lui doit être posée sur ce point.

En cas de concours qualifié, le tribunal peut: 1<sup>o</sup> Elever la peine la plus grave jusqu'au *maximum* qu'elle comporte, et, en cas d'application d'une amende, la porter au double; 2<sup>o</sup> ou dépasser le *maximum* de droit commun, l'élever jusqu'au double, quand il s'agit de la prison et des arrêts, le porter de six à dix ans, pour la maison de correction, de quinze à vingt, pour les travaux forcés à temps: « En prononçant les travaux forcés

à perpétuité, interdire au condamné la translation en état de déportation; en prononçant l'amende, condamner en outre le coupable aux arrêts. »

*Récidive* (art. 57 et 58). — Il y a plusieurs manières d'expliquer pourquoi la récidive doit entraîner une aggravation de peine; certains législateurs exigent que la première peine ait été subie; ce qui les frappe, c'est que les coupables ne se sont pas amendés, c'est que le châtiment ordinaire n'a pas eu d'efficacité. D'autres ne demandent qu'une condamnation prononcée; à leurs yeux, le coupable manifeste son mépris pour la loi et pour la puissance publique. D'autres enfin considèrent la récidive comme prouvant l'habitude de mal faire et ajoutant au danger social que présente toute infraction.

C'est à cette dernière idée que se range la Commission. A quoi bon, comme dans le premier système, constater que la peine n'a pas amélioré le condamné? La peine a-t-elle jamais cet effet? La détention, même dans l'Europe occidentale, est-elle organisée de manière à le produire? Ce mépris pour la loi et pour la puissance publique, dont parle le second système, ne se trouve-t-il pas dans toute action punissable, même dans celle par laquelle débute un délinquant? La troisième idée seule ne prête à aucune contestation. Mais le principe a des conséquences; pour qu'il y ait aggravation de périel, pour qu'il y ait, en conséquence, aggravation de peine, il faut ou que la deuxième infraction soit de la même espèce que la première, ou qu'elle soit plus sévèrement punie (art. 58).

Cette règle n'est faite que pour l'hypothèse où la première peine a été réellement subie et pour le tout (art. 58). L'art. 57 prévoit celles où le coupable a seulement été condamné et où il n'a subi qu'une partie de sa peine avant de commettre une seconde infraction, hypothèses intermédiaires, pour ainsi dire, entre le concours d'infractions et la récidive. La règle de l'absorption ne s'appliquera pas, comme en cas de concours; il n'y aura pas lieu d'aggraver la peine attachée à la seconde infraction, comme en cas de récidive; mais cette peine sera prononcée pour être subie après l'expiration de la première.

Nous laissons de côté un certain nombre de points de détail, qui



ont leur importance et qui sont traités avec beaucoup de soin.

CHAP. VIII. *Des causes de l'extinction des peines.* — Dans la partie de l'*Exposé des motifs* qui se rapporte à ce chapitre, nous trouvons l'opinion de la commission sur une question qu'elle renvoie au Code de procédure pénale et que notre pratique résout à défaut de notre législation ; la Commission, contrairement à ce qui se fait en France, pense que la peine d'amende doit s'éteindre, comme toutes les peines, par la mort du condamné, que le paiement ne peut être exigé des héritiers.

Dans le texte, nous signalerons les dispositions principales des art. 59 et 60, relatifs à la prescription.

La Commission distingue trois espèces de prescriptions, suivant qu'un certain temps s'est écoulé : 1<sup>o</sup> Depuis le fait commis, sans qu'il y ait poursuite (art. 59) ; 2<sup>o</sup> Depuis la poursuite intentée, jusqu'au jour du jugement ; 3<sup>o</sup> Depuis la condamnation devenue irrévocable jusqu'à l'exécution (art. 60). Dans les deux premiers cas, comme dans le troisième, elle dit : « La peine sera prescrite... », et par conséquent il n'y a pas pour elle de prescription de l'action. Dans les deux derniers cas, elle double les délais établis pour le premier.

Quand il s'agit des deux premiers cas, la durée de la prescription est déterminée par la nature de la peine *in abstracto*, telle que l'a établie le législateur ; dans le dernier, ce qui est à considérer, c'est la peine *in concreto*, telle que l'a prononcée le juge.

Le point de départ, dans le premier cas, est, en principe, le moment, pour la pratique le jour où se commet le fait coupable, non le lendemain : « A l'égard des infractions composées de plusieurs actes, les délais de prescription compteront du jour où le dernier acte aura été commis, et, à l'égard des infractions continues, du jour où elles auront pris fin. » (art. 59, 2<sup>o</sup>).

La seconde espèce de prescription, celle qui court à partir de la poursuite intentée, remplace l'interruption de l'action. Le droit en vigueur dans l'Empire rend le fait imprescriptible dès que la prescription commencée a été interrompue ; c'est aller trop loin. Les législations occidentales donnent aux délais qui courent après l'interruption la même étendue qu'à ceux qui courent après le fait commis ; ce n'est pas aller assez loin pour

la Russie ; les instructions ne s'y font pas et ne peuvent pas s'y faire vite ; ce n'est pas qu'il faille toujours accuser les autorités de négligence, mais elles ne disposent pas de moyens suffisants pour le grand nombre d'affaires qui se présentent à elle et pour l'immense étendue des ressorts où elles exercent leurs fonctions ; le système des législations occidentales mènerait à faire trop de procès ou à multiplier les actes d'instruction qui n'auraient d'autre objet que de conserver le droit de poursuite.

Une suspension de prescription est admise pour les cas où une décision doit être rendue par un tribunal, soit civil, soit ecclésiastique (art. 59, 3°), où « un empêchement légitime » s'oppose, soit à la continuation de l'instruction commencée, soit à l'exécution du jugement prononcé (art. 60, 2°).

Une disposition formelle (art. 60, 3°) soustrait à la prescription les peines accessoires.

ALBERT DESJARDINS.

---

## BIBLIOGRAPHIE

---

### TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF<sup>1</sup>

Par J.-B. SIMONET, chef de bureau à la préfecture de la Seine.

Compte-rendu par M. BRÉMOND, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier.

Nous venons de lire le premier fascicule d'un traité élémentaire de droit administratif qui nous paraît devoir rendre de sérieux services aux étudiants et à tous ceux qui veulent connaître les principes de notre organisation politique et administrative. Ce livre vient à propos. Au moment où les programmes des examens et des concours pour les Facultés de droit ou pour diverses carrières administratives exigent des connaissances plus complètes sur le droit public et administratif, il est bon que des traités élémentaires mettent ces connaissances à la portée de ceux qui en ont besoin. Il existe sans doute déjà des traités de ce genre, mais ils sont un peu volumineux ou ne s'adressent qu'à

<sup>1</sup> 4 vol. in-8, librairie Cotillon, F. Pichon, successeur.

une catégorie spéciale d'étudiants. Celui dont nous signalons la publication peut être utile à tous et se recommande par de grandes qualités.

L'auteur, chef de bureau à la préfecture de la Seine, a acquis dans l'exercice de ses fonctions une grande connaissance de la pratique administrative et son livre en profite. Ce livre, en effet, contient sur chaque matière des renseignements pratiques qui ne sont pas sans importance et surtout sans utilité, mais qu'on n'a pas l'habitude de rencontrer dans un ouvrage élémentaire. La théorie n'est cependant pas sacrifiée ; l'auteur lui fait encore la meilleure part. Ce traité n'est pas un simple recueil rédigé à l'usage des praticiens, c'est un véritable traité élémentaire qui fournit toutes les notions historiques et doctrinales et qui donne en plus des renseignements pratiques dont l'utilité est très appréciable.

Un autre mérite qui nous paraît avoir aussi son importance consiste dans l'habileté avec laquelle l'auteur a su insérer dans son commentaire les textes principaux. On sait combien l'examen du texte même de la loi est nécessaire à toute étude juridique sérieuse. Mais quel procédé employer pour mettre sous les yeux des étudiants ou des lecteurs les divers articles en vigueur des innombrables lois qui statuent sur les matières administratives ? On a recours généralement à des renvois aux recueils législatifs ; quelquefois les lois les plus considérables sont données dans le corps de l'ouvrage sous forme d'annexe à la fin d'un chapitre ou d'un volume. Il est à craindre dans tous les cas que le lecteur n'omette de faire la recherche du texte auquel on le renvoie, s'en rapportant pour la conformité du commentaire à la parole de l'auteur qui lui sert de guide. Malheureusement la citation intégrale faisant corps avec les explications, présente quelques difficultés tenant à ce que les articles de la loi sont rédigés sans aucune préoccupation de méthode didactique, de telle sorte qu'il faut souvent les démembrer pour en citer les diverses parties en des passages différents. Ces difficultés n'ont pas arrêté M. Simonet qui a fait un heureux choix des textes les plus importants et les a intercalés dans son commentaire avec beaucoup d'à propos et de méthode.

L'ouvrage est divisé en deux grandes parties. La première partie s'occupe du droit constitutionnel. La méthode générale que suit l'auteur est celle qui est *ordinairement* adoptée; elle est d'ailleurs tout indiquée par la nature même des choses; l'auteur étudie successivement l'organisation et les attributions de chacun des grands pouvoirs de l'Etat : pouvoir législatif, pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire.

M. Simonet est partisan du système qui fait du pouvoir judiciaire un troisième pouvoir indépendant. Cette solution ne nous paraît pas très certaine en l'état de notre droit positif; mais la question a si peu d'importance que nous aurions mauvaise grâce à entamer une controverse sur ce point. Disons seulement que l'organisation du pouvoir judiciaire est une dépendance de la procédure civile plutôt que du droit constitutionnel; tel n'est pas l'avis de M. Simonet qui en expose longuement les règles dans l'ouvrage dont nous nous occupons. Nous croyons qu'il eût pu éviter ce que nous considérons comme inopportun; mais la faute, si faute il y a, n'est pas bien grave.

Par la méthode qu'il a suivie dans l'arrangement secondaire des matières. M. Simonet a su mettre en relief certaines idées très importantes qui sont souvent trop délaissées. C'est ainsi qu'il consacre un paragraphe spécial aux limites de la souveraineté, insistant sur l'obligation qui incombe au souverain, quel qu'il soit, de respecter les droits inviolables de la personnalité humaine. L'idée sans doute n'est pas nouvelle, mais M. Simonet la met bien en lumière et c'est ce dont nous voulions le complimenter.

Dans le même ordre d'idée nous signalerons le titre qui s'occupe des droits accessoires à la souveraineté; l'auteur y montre très clairement que dans notre organisation politique la législation sur le droit de réunion et sur la liberté de la presse est un élément essentiel. Proclamer la souveraineté de la nation ne suffit pas; si on ne fournit pas aux citoyens les moyens d'exercer efficacement leurs droits civiques, il ne reste qu'une formule théorique dénuée d'effets pratiques. Aussi M. Simonet expose-t-il avec soin les lois sur le droit de réunion et sur la presse. Cette dernière matière reçoit peut-être de trop longs développements qui sont

du domaine du droit criminel; il y aurait là un petit élagage à faire.

En somme l'étude du droit constitutionnel est bien conduite et très complète; toutes les questions importantes qui s'élèvent sur notre droit positif sont examinées; les éléments principaux de chaque question sont indiqués très exactement. Nous signalerons cependant une lacune qui touche plutôt à la critique qu'au commentaire de la loi positive. En expliquant notre législation électorale, M. Simonet omet complètement de s'expliquer sur la question de la représentation des minorités. Le droit des minorités n'est pas admis par nos lois actuelles; mais il en est autrement hors de nos frontières; on a même organisé des procédés très ingénieux pour assurer la représentation des minorités. La question nous paraît valoir la peine d'être examinée.

M. Simonet d'ailleurs, dans les questions constitutionnelles, ne s'occupe pas assez de la législation comparée. Il y a cependant intérêt et utilité à consulter l'organisation des peuples étrangers. C'est une lacune qui pourra être facilement comblée et nous espérons qu'elle le sera notamment à propos de l'organisation municipale.

Quoique très complet, le livre de M. Simonet n'est pas bien volumineux; l'auteur a su choisir les points vraiment importants et il les a exposés avec concision. Nous signalons à ce point de vue l'étude de la séparation des autorités judiciaire et administrative. C'est une matière bien délicate et qui a donné naissance en pratique comme en théorie à de grandes et à de nombreuses difficultés. M. Simonet n'en omet aucune et cependant quelques pages lui suffisent pour tout expliquer très clairement. Il nous paraît difficile d'être plus bref tout en étant aussi complet et aussi clair.

La 2<sup>m</sup>e partie du traité est consacrée au droit administratif. L'auteur annonce une division en 3 livres. Un fragment du 1<sup>er</sup> livre seulement a paru; il comprend l'explication de l'administration de l'Etat et d'une partie de l'administration départementales.

Nous retrouvons dans ce fragment les qualités que nous avons rencontrées dans la 1<sup>re</sup> partie. Nous avons notamment lu avec

intérêt un commentaire remarquable de la loi du 10 août 1871 sur les conseils généraux, qui contient un résumé très exact de la jurisprudence et de la doctrine. Aussi désirons-nous que M. Simonet nous donne rapidement la fin de son travail ; on nous fait espérer que nous n'attendrons pas bien longtemps.

BREMOND.

### LE DROIT INTERNATIONAL DE L'EUROPE <sup>1</sup>

par A.-G. HEFFTER, professeur à l'Université de Berlin.

### TRAITÉ DE DROIT INTERNATIONAL <sup>2</sup>

Par F. DE MARTENS, professeur à l'Université de Saint-Petersbourg.

Compte-rendu par M. Georges LEBRET, agrégé à la Faculté de Droit de Caen.

Le livre de Heffter, et celui de M. de Martens sur le droit international se recommandent par des mérites différents. Le premier, par l'abondance des détails et la richesse des informations et des sources, se présente comme un ouvrage éminemment scientifique, et comme un guide sûr pour tous ceux qui voudront faire des relations internationales une étude approfondie. — Le second est à proprement parler un livre d'initiation dont l'étude s'impose à tous ceux qui abordent le droit international. La grande place que l'auteur y a faite à l'histoire des relations internationales est l'introduction nécessaire de cette science essentiellement positive, fondée qu'elle est presque toujours sur des conventions, des traités, ou au moins des coutumes et des usages généralement reçus.

Aussi, notre impression est-elle qu'il serait bon de se bien pénétrer du livre de M. de Martens avant d'aborder celui de Heffter.

Nous allons les examiner successivement.

#### I.

Comme M. de Martens nous en avertit lui-même dans sa préface, son livre n'est que le premier volume d'un traité complet de droit international ; le second volume qui paraîtra prochainement

<sup>1</sup> Traduction par Jules Bergson. Quatrième édition française, augmentée et annotée par F. Henrich Geffcken, professeur de droit public.

<sup>2</sup> Traduit du russe par Alfred Léo.

traitera du droit administratif international en temps de paix et en temps de guerre. C'est dire que le volume dont nous nous occupons contient exclusivement l'exposition des principes du droit international, en quelque sorte à l'état de repos ; nous ne les verrons en action, et, par suite, en conflit, qu'avec ce second volume dont nous appelons de tous nos vœux la publication.

M. de Martens s'attache à une idée qui lui a inspiré le plan de son ouvrage, et qui le domine tout entier. D'après lui, « le degré « de développement auquel est parvenu un État au point de vue « de son organisation intérieure, et en ce qui concerne les intérêts matériels et moraux de ses habitants, donne l'exacte mesure de sa participation à la vie commune des nations. » Pour asseoir cette donnée, il est naturellement amené à étudier historiquement les relations internationales ; et, quand il a vérifié l'exactitude de son principe, il lui est aisé de le retourner et de dire que, réciproquement « les rapports entre les nations sont toujours comme un miroir où se reflètent exactement, et la situation intérieure des sociétés, et les principes servant de base à leur édifice politique et social. »

Après avoir rattaché le fondement du droit international à la nécessité des rapports entre les nations considérée comme une condition même de leur existence, l'auteur définit le droit international : l'ensemble des règles juridiques qui déterminent les conditions nécessaires pour que les nations obtiennent la satisfaction de leurs intérêts dans leurs relations mutuelles. Mais il s'empresse d'ajouter, pour bien dégager le caractère contingent de ces règles, que, au fur et à mesure que les relations mutuelles des nations viendront à se modifier sous l'influence de facteurs divers, la science du droit international suivra nécessairement ces modifications.

C'est donc à l'histoire qu'il faut s'adresser pour savoir quel a été dans le passé, quel est aujourd'hui, et comment s'est développé cet ensemble de règles qui constitue le droit international. A ce point de vue, trois grandes périodes, séparées par des événements diplomatiques considérables, marquent aux yeux de l'auteur des étapes décisives.

La première embrasse l'antiquité et le moyen-âge et vient

aboutir en 1648 au traité de Westphalie. Pendant l'antiquité, es relations des États sont déterminées par le principe du plus complet isolement ; au moyen-âge, la domination de la force physique atteint son apogée. Aussi n'est-ce que vers la fin de cette période que, sous l'influence du christianisme, religion commune de l'Europe occidentale, on voit surgir des principes dont le développement modifie graduellement les relations internationales.

Le congrès de Westphalie qui ouvre la seconde période présente un spectacle nouveau, une assemblée formée dans un but pacifique par les représentants de presque toutes les nations de l'Europe. On a reconnu la nécessité de terminer des guerres funestes à tous les intérêts et d'établir un ordre dans les relations internationales. Cet ordre, c'est le système de l'équilibre européen ; il dure pendant un siècle et demi, jusqu'à ce que les idées nouvelles proclamées par la Révolution et les campagnes de Napoléon I<sup>er</sup> nous conduisent à une troisième et dernière période qui commence en 1815 avec le Congrès de Vienne et s'étend jusqu'à nos jours. C'est le principe des nationalités qui s'applique dans cette période un moment troublée par la guerre de Crimée.

Mais des événements plus récents préparent l'avènement d'un autre principe, qui, s'il faut en croire l'auteur, sera l'idée du droit.

Cette brillante exposition historique est suivie de quelques chapitres consacrés à l'objet de la science du droit international, à l'étendue de son action, à ses rapports avec les autres sciences juridiques et politiques, à ses sources, et enfin à la question tant de fois discutée de la codification du droit international.

Ici se termine l'introduction ; le reste du volume est consacré à une *partie générale*, le droit administratif international, réservé pour le second volume, devant constituer la *partie spéciale* du sujet.

Tout d'abord, l'auteur définit la communauté internationale, ou union libre des États dans le but de parvenir au plein développement de leurs forces et de donner satisfaction à leurs besoins respectifs. Les divers intérêts dont la satisfaction exige l'assistance réciproque des États affectent : 1<sup>o</sup> la puissance publique de chaque nation ; 2<sup>o</sup> les classes de la société ; 3<sup>o</sup> les in-



térêts économiques et intellectuels des particuliers. De là, dérivent les règles du droit international privé, certaines institutions administratives internationales, les traités d'extradition, la protection de la propriété littéraire, artistique et industrielle, etc.

Mais, si la communauté internationale existe en fait, elle n'est pas constituée, en droit, comme une sorte d'Etat supérieur aux nations qui la composent ; l'auteur rappelle et expose sommairement les systèmes imaginés par Henri IV, par l'abbé de Saint-Pierre, par les papes Grégoire VII et Innocent III et par d'autres, soit pour assurer la paix perpétuelle, soit pour fonder une monarchie universelle, soit enfin pour organiser, d'après le principe représentatif, la société internationale.

Ce sont là des utopies ; aussi, revenant à la réalité, M. de Martens s'attache-t-il désormais à nous montrer les organes et les membres de la communauté internationale ;

Les organes de la communauté internationale sont les congrès et les conférences ; chaque membre de la communauté y est représenté ; mais ne sont membres de la communauté que les Etats souverains et indépendants. Aussi faut-il bien distinguer l'Etat simple de l'Etat composé qui peut se présenter sous différentes formes : confédération d'Etats, union personnelle d'Etats, union réelle d'Etats, Etat fédéral, Etat mi-souverain, toutes qualités qui influent gravement sur la situation de l'Etat dans la communauté.

Après avoir défini dans la communauté internationale ainsi constituée les droits des Etats, des classes sociales et des particuliers, l'auteur consacre les deux derniers chapitres à des matières plus spéciales.

Dans l'un, il s'occupe du territoire de l'Etat, de ses limites, des acquisitions et aliénations de territoire, des mers littorales et territoriales et de la navigation, ce qui le conduit à l'examen de la question de la liberté de l'Océan illustrée jadis par Hugo Grotius et John Selden.

Quant au dernier chapitre, il traite des conventions internationales, ou accords de volontés entre deux ou plusieurs Etats. A part quelques règles spéciales qui touchent à leurs conditions

extrinsèques, les principes du droit civil s'y appliquent en général. Ce sont aussi ces mêmes principes qui régissent les obligations nées *quasi ex contractu* ou *ex delicto* dans les rapports internationaux.

## II.

Le livre d'Heffter a depuis longtemps une réputation Européenne ; il a atteint en Allemagne sa septième édition ; celle dont nous rendons compte est la quatrième édition Française. Une traduction grecque en a été publiée en 1860, et une autre en langue polonaise en 1864. A la suite de la mort d'Heffter arrivée le 5 janvier 1880, M. Heinrich Geffcken a bien voulu se charger de mettre au courant de la jurisprudence internationale la septième édition allemande et la quatrième édition française. Il l'a fait d'une manière digne de l'œuvre et de son auteur ; même, il ne s'en est pas tenu là, et les notes qu'il a prodiguées au cours de l'ouvrage constituent pour lui un enrichissement sérieux.

L'ouvrage qui a pour objet l'exposition du droit international de l'Europe, s'ouvre par une introduction générale où le droit international, le droit public européen et les droits réciproques spéciaux des nations soit examinés et définis. Comme M. de Martens, Heffter voit le fondement du droit international, dans la nécessité des rapports entre les Etats : « Chaque Etat, dit-il, « commence par poser lui-même la loi de ses rapports avec les « autres Etats. Dès qu'il est sorti de l'isolement, il s'établit dans « son commerce avec les autres une loi commune à laquelle « aucun ne peut plus se soustraire sans renoncer en même temps, « ou, du moins, sans porter atteinte à son existence individuelle « et à ses rapports avec les autres. » Ainsi les lois internationales réunissent les Etats en un vaste faisceau dont aucun ne peut se détacher ; elles supposent donc des Etats arrivés au même développement, jouissant, ou à peu près, de la même civilisation. C'est ce qui explique l'expression qu'il emploie, de « droit international de l'Europe, » formule qui n'a rien d'exclusif, et qui laisse pénétrer dans la communauté internationale les Etats des autres parties du monde arrivées au même degré de civilisation que les Etats Européens, par exemple, les Etats-Unis de l'Amérique du Nord.

La loi internationale doit, pour obliger les États, résulter de leur consentement réciproque, que ce consentement affecte la forme d'un traité, d'une coutume ou d'un usage.

Après avoir rappelé les origines du droit public européen, déterminé ses limites et parcouru les différentes théories qui se sont fait jour à différentes époques sur la nature et le fondement du droit international, l'auteur arrive à l'objet même de son étude.

Il la divise en trois livres consacrés : le premier au droit international fondamental, surtout pendant la paix, — le deuxième, au droit d'action et de guerre, — le troisième aux formes du commerce international.

LIVRE I. — *Droit international fondamental surtout pendant la paix.* Le chapitre premier de ce livre s'occupe de déterminer les personnes internationales, et de définir leurs rapports fondamentaux.

Ont qualité de personnes et peuvent être sujets de droits, activement et passivement, les États souverains ; la distinction des États en simples et composés influe sur leur personnalité internationale. Mais, entre les États souverains, quelle qu'en soit l'importance, pas de différence théorique ; l'égalité est le principe.

Chaque État souverain a donc : 1<sup>o</sup> le droit d'existence territoriale libre et indépendante, ce qui embrasse, le droit d'inviolabilité territoriale, celui de conservation et de défense et celui de souveraineté ; 2<sup>o</sup> le droit au respect mutuel des États ; 3<sup>o</sup> le droit de commerce et d'échange avec les autres États.

Ce sont là les droits fondamentaux de chaque État ; mais, par suite des rapports mutuels des États entre eux, et de leur pénétration incessante, ces droits sont nécessairement modifiés à bien des égards. En laissant de côté tout ce qui touche à l'extraterritorialité, aux servitudes internationales, au droit d'intervention, et aux rapports des États avec le pouvoir ecclésiastique du Pape, le domaine des lois pénales et des lois civiles nous offre un champ assez vaste de conflits entre les diverses législations. Les premiers viennent de ce que la loi pénale est territoriale et personnelle à la fois, ce qui donne à la fois compétence à la juridiction nationale de l'inculpé, et à celle du lieu du délit. Les seconds nous trans-

portent dans le domaine du droit international privé. L'auteur s'y arrête un moment, et s'attache à poser les règles qui servent communément à la solution des conflits nés en matière civile. Qu'il nous permette de compléter une citation peut-être insuffisante de notre jurisprudence ; à propos de la célèbre question de savoir si un étranger légalement divorcé dans son pays peut contracter un nouveau mariage dans un pays où le divorce est aboli, par exemple en France, il se contente de citer deux arrêts de la Cour de Paris des 30 août 1824 et 28 mars 1843, qui tranchent la question par la négative. Mais une jurisprudence constante de la Cour de cassation est venue depuis renverser celle de la Cour de Paris, et décider que l'étranger divorcé dans son pays pouvait contracter mariage en France. Cass. 16 décembre 1845, Sirey, 1846, 1, 100. — Cass. 21 juin 1858, Sirey, 1858, 1, 265. — Cass. 28 février 1860, Sirey, 1860, 1, 210.

Après l'étude des Etats et de leurs droits vient se placer celle des souverains et de leurs rapports personnels et de famille ; enfin, le chapitre se termine par l'examen de la situation de l'homme dans ses rapports internationaux, et de la différence de traitement entre les regnicoles et les étrangers. L'auteur à ce propos traite la question du droit d'asile et de l'extradition.

Après les personnes, les biens dans leurs rapports internationaux ; c'est l'objet du chapitre deuxième. C'est là que prennent place les différentes questions relatives à l'acquisition ou à l'aliénation de territoires ; à la détermination du territoire des Etats ; au domaine de la mer, avec la distinction traditionnelle entre les mers littorales et territoriales, et la haute mer.

Enfin le chapitre troisième s'occupe des obligations.

Elles peuvent naître d'une convention, ou se former sans convention.

Les conventions productives d'obligations sont les accords, les traités réglementaires ou cartels, les traités de société ou d'alliance, les traités d'union fédérale. Les principes généraux du droit civil s'appliquent ici ; pour que la convention soit valable, il faut une cause licite, la capacité des parties contractantes, un consentement libre. Il faut remarquer d'ailleurs que la contrainte résultant de la guerre n'est pas considérée comme viciant le

consentement. C'est ce que l'auteur exprime en ces termes : « Le traité néanmoins qui a pour but de faire cesser un état de « contrainte ou de violence *légal*, n'est entaché d'aucun vice, « celui par exemple qui est destiné à faire cesser une captivité « ou l'évacuation d'un territoire conquis » M. Geffcken, dans une note, déclare que cela « *n'est pas clair du tout.* » Nous partageons son avis ; nous ne voyons là qu'une nécessité de fait, subie par le vaincu, où il y a quelque ironie à vouloir introduire l'idée de droit. M. Geffcken ne renonce pas cependant à justifier la proposition de Heffter ; suivant lui, la convention serait nulle si la violence était exercée directement contre le mandataire chargé de la négociation ; elle n'a aucune influence si elle est dirigée contre le mandant. C'est là une distinction ingénieuse assurément, mais trop subtile, pour ne pas dire plus !

L'obligation peut naître aussi sans convention, à l'occasion d'un fait licite (quasi contrat) ou d'un fait illicite (délit). Les principes du droit civil s'appliquent encore ici. Remarquons, en passant, qu'Heffter fut le premier à transporter dans le domaine du droit international les règles du droit civil relatives aux obligations *quasi ex contractu et ex delicto*.

LIVRE II. — *Droit d'actions et de guerre.* — Ce second livre suppose une contestation entre deux ou plusieurs personnes internationales. Dans un premier chapitre Heffter s'occupe de ces contestations et recherche quels sont les moyens de les vider : tentatives amiables, compromis, actes de fait et représailles, embargo, blocus, menaces de guerre, mesures de rétorsion.

Si la contestation ne peut être vidée à l'aide de ces moyens, il faut en arriver à la guerre qui fait l'objet du chapitre deuxième. L'auteur ici s'attache à définir avec précision les règles que le droit international moderne a adoptées pour l'état de guerre. Tout ce qui touche aux hostilités, aux mesures qui les précèdent ou les accompagnent, aux personnes comprises dans l'état de guerre, troupes régulières ou corps francs, aux pratiques licites de la guerre, au traitement des personnes ennemies et à la captivité, est étudié dans le plus grand détail.

Le chapitre troisième appelle, en cas de guerre, notre attention sur les neutres ; — quels sont leurs devoirs, quels sont leurs droits ?

La question se pose surtout à propos du commerce des neutres avec l'État ennemi, et de la contrebande de guerre. L'ancienne règle du moyen-âge « le pavillon ne couvre pas la marchandise » a fait place, dans les temps modernes, malgré la vive opposition de l'Angleterre, à la règle formulée par la France dès 1604 « le pavillon couvre la marchandise ». Telle est du moins, ou à peu près, le principe proclamé pendant les conférences de Paris, le 16 avril 1856.

La question des neutres amenait naturellement celle du blocus ; la même déclaration de Paris du 16 avril 1856 exige qu'il soit effectif, « c'est-à-dire maintenu par une force suffisante pour « interdire réellement l'accès du littoral à l'ennemi. »

Enfin, le chapitre quatrième s'occupe de la fin de la guerre et des traités de paix qui en sont le plus souvent la conséquence.

LIVRE III. — *Des formes du commerce international, ou de la pratique des États dans leurs relations réciproques en temps de paix et en temps de guerre.* — Dans ce dernier livre, plus spécial que les précédents, l'auteur s'occupe du cérémonial des relations diplomatiques des nations et des souverains, du commerce diplomatique des États, des établissements internationaux pour les intérêts sociaux des peuples, et de l'espionnage.

G. LEBRET.

---

## LES PAYS LIBRES

LEUR ORGANISATION ET LEUR ÉDUCATION D'APRÈS LA LÉGISLATION  
COMPARÉE

Par M. Joseph FERRAND, ancien préfet.

Compte-rendu par M. Eugène POIRÉ, avocat, docteur en droit.

Voici un livre qui pose de nouveau, et d'une façon pleine de couleur et de relief, le problème de la décentralisation administrative.

M. Joseph Ferrand s'applique, dans ce nouvel écrit, à découvrir et à mettre en lumière un vice dangereux de nos institutions et une des causes les moins aperçues de nos révolutions contemporaines, à savoir, la coexistence et l'entière incompatibilité de la centralisation administrative et du système parlementaire.

Dès les premières pages, on discerne aisément l'idéal auquel il veut conduire ses lecteurs et qui lui paraît le plus propre à réaliser d'une manière effective le gouvernement du pays par le pays : c'est la séparation, dans la législation et la pratique administratives, des intérêts généraux et des intérêts locaux, et l'accès du plus grand nombre possible de citoyens à la conduite des affaires départementales et communales.

Par là, d'une part, on allégerait le pouvoir central, ainsi ramené à ses attributions vraies, des responsabilités qui affaiblissent et énervent son action trop engagée dans les gestions locales, et d'autre part, en substituant l'individu à l'Etat, quant aux affaires qui sont le plus à sa portée, on seconderait puissamment la formation en France des mœurs politiques.

Sommes-nous loin aujourd'hui de cet idéal ? M. Ferrand n'a pas de peine à le démontrer, en traçant l'exposé de nos institutions administratives depuis 1789. A cette heure encore, nous sommes régis d'après la conception unitaire du Consulat et de l'Empire. La législation de l'an VIII, qui absorbait les franchises locales dans l'intérêt de l'autorité centrale, est demeurée en vigueur, du moins dans ses traits essentiels ; nos mœurs et nos habitudes en ont conservé l'empreinte.

Cette centralisation excessive, qui refoule ou qui dépossède les initiatives indépendantes, était bien l'appareil administratif d'un pouvoir absolu : elle concordait pleinement avec le système constitutionnel de l'Empire. Mais, par cela même, elle devait disparaître du jour où on adoptait en France les principes du parlementarisme et le *self-government*.

Elle persista cependant, en dépit d'avertissements graves, et tous les gouvernements ultérieurs s'en sont servis tour-à-tour comme d'un instrument d'assimilation et de propagande. Il est vrai qu'à des époques diverses, et récemment encore, elle s'est trouvée atténuée par quelques essais de décentralisation ; mais ces essais partiels et insuffisants ont été poursuivis sans esprit de suite et sans vues d'ensemble.

Aussi qu'est-il arrivé ? Le système de 1804, gardé avec ses caractères généraux, n'a pas cessé d'influer d'une manière énergique, quoique latente, sur nos idées et nos pratiques administra-

tives. Enclins à nous laisser gouverner et à recevoir l'impulsion d'en haut, nous nous sommes désaccoutumés de toute sollicitude civique, et ce, à un moment où, recevant de nouveaux droits à la faveur du régime parlementaire, nous devons être rendus capables de les exercer au moyen de l'éducation pratique qui s'obtient par la gestion sur place des affaires locales.

Que conclure de là sinon que les lois impériales, survivant à leur principe et à leur raison d'être, ont cessé depuis longtemps de répondre à nos besoins actuels et présentent une anomalie pleine de dangers à côté de l'organisme constitutionnel de nos jours?

A notre centralisation à peine atténuée, M. Ferrand oppose la décentralisation pratiquée, à des degrés divers, dans les pays étrangers. Il montre, par les grandes lignes, dans un tableau complet de législation comparée, l'organisation plus ou moins autonome donnée à la commune et à la province chez les divers peuples dotés comme nous des libertés constitutionnelles.

Cette analyse méthodique des législations de l'Angleterre, des Etats-Unis, de l'Allemagne, de la Belgique, de l'Italie, de l'Autriche, de la Hollande et de la Russie, est pleine d'observations intéressantes qui accusent les différences entre nos pratiques administratives et celles de l'étranger.

A l'étranger, les pouvoirs locaux s'exercent par des organes multiples mettant en œuvre beaucoup d'habitants et les initiant d'une manière effective et permanente à la conduite des intérêts publics. Chez nous, au contraire, la rareté des organes et l'étroitesse des cadres n'assurent, dans les affaires locales, aux particuliers même les plus éclairés et les plus riches, qu'un concours modeste, intermittent et subordonné; et cependant l'expérience ne montre-t-elle pas combien l'administration locale est mieux dirigée par les citoyens eux-mêmes que par les délégués du pouvoir central?

L'auteur signale aussi, comme une erreur de nos institutions, l'organisation du pouvoir exécutif local, constitué en France sous la forme unitaire et personnelle, tandis que toutes les autres nations confient le droit de décision à des autorités collectives et associent par ce moyen un plus grand nombre de citoyens à la gestion quotidienne.

M. Ferrand fait remarquer encore, à l'avantage des législations



étrangères, diverses mesures adoptées par elles pour promouvoir et stimuler la vie locale et en faire sans relâche un instrument d'apprentissage politique, comme, par exemple : le renouvellement fréquent des pouvoirs de la commune et de la province, la publicité des séances des conseils locaux, et le droit pour les assemblées de se réunir à leur gré.

On aperçoit aisément quels peuvent être les effets éducatifs de ces procédés différents de conduite et de gestion, et comment les systèmes pratiqués en France et à l'étranger doivent imprimer aux esprits, aux mœurs et aux habitudes des directions entièrement opposées.

L'auteur a mis ainsi en relief les causes d'infériorité de notre régime administratif en le rapprochant du type d'organisation très-différent des pays libres. Il lui reste à formuler ses conclusions et à proposer ses remèdes.

La réforme administrative doit, selon lui, ne pas diminuer, accroître au contraire, la puissance publique, du moins pour ce qui regarde les attributions véritables de l'Etat, dont il importe de préserver l'autorité dans la sphère qui lui est propre ; c'est la distinction de la centralisation *politique* et de la centralisation *administrative*.

En outre, la réforme doit mettre, au moyen des gestions communales et départementales largement ouvertes, le plus grand nombre possible de particuliers en situation de concourir aux affaires, et d'acquérir, à cette école de l'administration journalière, les habitudes de travail, d'indépendance et d'initiative qui font les peuples libres et forts.

Enfin elle doit donner aux intérêts certaines garanties nouvelles de nature à les défendre contre l'inexpérience et les entraînements du suffrage universel.

C'est d'après ces idées générales, formant le fond de son système à la fois prudent et libéral, que l'auteur, guidé par le sens pratique des affaires que lui a acquis l'exercice de hautes fonctions administratives, poursuit l'application de la décentralisation, et indique les moyens de rectifier, selon les nécessités de nos institutions nouvelles, la constitution et le fonctionnement des pouvoirs généraux et locaux.

L'étroite mesure de notre tâche ne nous permet pas d'entrer dans le détail des solutions proposées, ni de rechercher comment elles pourraient être propres à nous faire acquérir, à l'imitation de nos voisins, les aptitudes et les mœurs de la liberté. Nous avons voulu seulement indiquer l'intérêt de ce livre qui vient à une heure opportune; quel que soit le jugement qu'on doive porter sur le programme qu'il développe, on ne pourra s'abstenir de rendre hommage à la pensée large et généreuse qui l'a inspiré, ainsi qu'à l'autorité et à la justesse des observations qu'il contient.

L'Académie des sciences morales et politiques a consacré le mérite de cet ouvrage remarquable et a décerné à l'auteur en 1883 le prix fondé par M. Odilon Barrot; elle a ainsi honoré dignement la mémoire de cet illustre décentralisateur, en couronnant une œuvre où ses vues se trouvent si compétemment exposées et défendues.

EUGÈNE POIRÉ.

---

*L'Editeur-Gérant : F. PICHON.*

---

## EXAMEN DOCTRINAL

## JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

(Année judiciaire 1883-1884).

Par M. E. WALLON, agrégé près la Faculté de Droit de Toulouse.

## DE LA LOI DU 28 MARS 1882 SUR L'ENSEIGNEMENT OBLIGATOIRE.

- I. — Elle est applicable aux enfants étrangers qui se trouvent sur le territoire français.
- II. — L'avis de la rentrée des classes doit être individuel. — Il peut être envoyé à n'importe quelle époque. — De ses effets.
- III. — La déclaration à défaut de laquelle le maire procède à l'inscription d'office doit être spontanée.
- IV. — La déclaration est toujours obligatoire.
- V. — Des Commissions scolaires. — De leur composition. — De leur caractère.
- VI. — Lorsqu'un père de famille cité devant la Commission scolaire, à raison d'une première infraction, a encouru l'affichage, s'il commet dans l'année une nouvelle infraction, il y a lieu de le déférer au tribunal de police.
- VII. — La réitération de l'infraction après l'affichage, mais avant la condamnation en simple police, ne peut motiver une nouvelle poursuite.

La loi sur l'enseignement obligatoire compte à peine deux années d'existence; néanmoins, son fonctionnement a déjà fait naître de nombreuses difficultés. Notre intention n'est pas de présenter un commentaire complet de cette loi; nous nous bornerons à examiner les principales questions qu'elle a soulevées, notamment celles sur lesquelles les juridictions administratives ou judiciaires ont été appelées à statuer.

I. — En premier lieu, demandons-nous si la loi du 28 mars 1882 est applicable aux enfants étrangers qui se trouvent sur le sol français. A notre connaissance, les tribunaux n'ont pas encore eu à se prononcer sur ce point. Mais, à défaut de décisions judiciaires, nous possédons deux circulaires ministérielles adressées, l'une, à l'administrateur du territoire de Belfort, l'autre au préfet de Seine-et-Marne. Dans la première, le Ministre de l'Instruction publique admet l'extension de la loi à tous les en-

fants habitant le territoire de la République, quelle que soit leur nationalité. Dans la seconde, il distingue entre les enfants des étrangers autorisés à établir leur domicile en France, conformément à l'art. 13 du Code civil, et les enfants des étrangers simplement résidant sur le sol français. Les premiers seuls seraient soumis à l'enseignement obligatoire. Nous ne saurions admettre cette solution. Qu'importe, en effet, que les parents soient légalement domiciliés ou simplement résidant en France? On comprendrait mieux la distinction entre les enfants des étrangers soit domiciliés, soit simplement résidents, dont le séjour en France est ou peut être de longue durée, et les enfants des étrangers qui ne se trouvent que passagèrement dans notre pays. Mais toutes ces distinctions doivent être rejetées. La loi du 28 mars 1882 rentre dans les lois de police visées par l'art. 3 du Code civil. Elle régit donc tous les étrangers. Vainement objecterait-on que les lois de police et de sûreté comprennent uniquement les lois criminelles ou de justice répressive. D'après l'opinion unanimement reçue, sous cette expression le législateur a entendu parler de toutes les lois qui concernent l'ordre public, l'intérêt général. Or, la loi sur l'enseignement obligatoire présente évidemment ces derniers caractères. Faisons observer que, en fait, seront seuls soumis à l'obligation scolaire les enfants étrangers qui résident en France, soit chez leurs parents, soit chez des personnes qui en sont responsables.

II. — Aux termes de l'art. 8, § 1, « chaque année, le maire dresse, d'accord avec la commission municipale scolaire, la liste de tous les enfants âgés de six à treize ans, et avise les personnes qui ont charge de ces enfants de l'époque de la rentrée des classes. » De quelle façon l'avis sera-t-il donné? Le maire doit-il adresser à la personne responsable un avis individuel, ou peut-il recourir aux modes de publicité ordinaires, affichage, insertion dans les journaux etc...? — Du silence de l'art. 8 on a conclu qu'une publication par voie d'affiches est suffisante. Exiger un avis individuel, ne serait-ce pas, a-t-on dit, ajouter aux prescriptions de la loi et imposer au maire une obligation dont l'exécution deviendrait à peu près impossible dans les communes importantes où le nombre des enfants en âge scolaire est fort élevé?

Cette considération n'a pas convaincu la Cour de cassation.

Elle a jugé à plusieurs reprises qu'un avis individuel au père de famille est nécessaire ; à son défaut, le devoir de la fréquentation scolaire ne saurait exister (Cass., 26 mai 1883, Sir., 1883, 1, 481 ; Cass., 28 décembre 1883, Journ. *Le Droit*, 30 déc. 1883). Nous approuvons entièrement la solution de la Cour suprême. Le vœu de la loi est, en effet, que le père de famille soit sûrement averti de l'époque de la rentrée des classes. Or, le serait-il suffisamment au moyen d'affiches où de tout autre mode de publicité ? Il est permis d'en douter.

A quel moment cet avis individuel devra-t-il être envoyé ? Voyons comment les choses se passent dans la pratique. Nous raisonnerons dans l'hypothèse, assez générale d'ailleurs, où la rentrée des classes est fixée au premier octobre. Pendant le mois d'août, le maire dresse, avec le concours de la commission scolaire, la liste nominative de tous les enfants âgés de six à treize ans. Ce travail est terminé vers la fin du mois d'août, au plus tard. Dans les premiers jours de septembre, le maire avise les parents des enfants inscrits de l'époque de la rentrée des classes. Le devoir de la fréquentation scolaire commence à courir le premier octobre. Il s'écoule donc un certain délai entre le jour de l'envoi de l'avis et l'époque de la rentrée des classes. En fait, ce délai variera selon la plus ou moins grande diligence des maires ; mais il doit être au minimum de quinze jours ; de telle sorte que le père, étant avisé le 14 septembre que la rentrée des classes est fixée au premier octobre, sera tenu du devoir scolaire à partir de cette dernière date.

Jusqu'ici nous avons supposé que l'avis a précédé d'au moins quinze jours l'époque de la rentrée des classes. Mais une autre hypothèse peut se présenter. Le maire, en dressant sa liste, a commis une omission. Il s'en aperçoit, soit dans la dernière quinzaine de septembre, soit plus tard, après la rentrée des classes. Peut-il réparer cet oubli ? Au cas d'affirmative, à quel moment commencera à courir le devoir de la fréquentation scolaire ? La Cour de cassation a admis que le maire peut, à n'importe quel moment, réparer son omission en adressant aux parents un avis individuel (Cass., 4 août 1883, Sir. 1883, 1, 486 ; Cass., 21 décembre 1883, Journ. *Le Droit*, 23 décembre 1883). La Cour suprême

n'avait à se prononcer que sur la régularité de la mesure prise par le maire. Nous plaçant à un autre point de vue, nous pensons que le maire a non-seulement le pouvoir, mais encore le devoir de réparer son omission dès qu'il la constate. Toute autre interprétation serait en opposition directe avec le but et l'esprit de la loi. Le législateur n'a pu vouloir que, par suite d'un retard de quelques jours, des enfants soient abandonnés à eux-mêmes et privés d'instruction pendant le cours de toute une année. Et cependant telle serait la conséquence forcée du système d'après lequel l'omission est irréparable.

Mais à quel moment commence l'obligation scolaire ? A l'expiration d'un délai de quinzaine courant à partir du jour de la réception de l'avis individuel.

III. — Le législateur a inscrit dans la loi du 28 mars 1882 le principe de l'obligation de l'instruction primaire ; mais il ne s'ensuit pas qu'il ait imposé aux parents un mode particulier d'enseignement. En effet, aux termes de l'art. 4, « l'instruction peut être donnée soit dans les établissements primaires ou secondaires, soit dans les écoles publiques ou libres, soit dans les familles par le père de famille ou par toute autre personne qu'il aura choisie. » Le père est donc absolument libre de pourvoir, comme il l'entend, à l'instruction de son enfant. Toutefois, il doit faire connaître son choix à l'administration municipale afin que celle-ci puisse surveiller l'exécution de la loi. Cette obligation fait l'objet de l'art. 7 § 1 : « Le père ou le tuteur, la personne qui a la garde de l'enfant, le patron chez qui l'enfant est placé, devra, quinze jours au moins avant l'époque de la rentrée des classes, faire savoir au maire de la commune s'il entend faire donner l'instruction dans la famille ou dans une école publique ou privée ; dans ce dernier cas, il indiquera l'école choisie. »

La loi du 28 mars 1882 soumet donc les personnes responsables des enfants âgés de six à treize ans à une double obligation : l'obligation de pourvoir à l'instruction de ces enfants et l'obligation de déclarer au maire de quelle façon l'instruction leur sera donnée. Par quelles règles sont régies ces deux obligations ? Pour plus de clarté, nous examinerons successivement l'hypothèse où

le père de famille a fait la déclaration prescrite par l'art. 7 et celle où il n'a pas fait cette déclaration :

*Première hypothèse.* — Le père de famille a fait la déclaration ; il a ainsi accompli la première obligation ; il n'est donc plus tenu que de l'obligation de pourvoir à l'instruction de l'enfant. A quel moment commence cette obligation ? Comment doit-elle être exécutée ? De quelle façon s'assurera-t-on de son exécution ? Pour répondre à ces diverses questions, nous distinguerons le cas où, d'après la déclaration, l'enfant doit recevoir l'instruction dans la famille et le cas où le père de famille a opté pour l'instruction dans un établissement scolaire par lui désigné.

Au premier cas, le législateur n'avait pas à fixer le point de départ de l'obligation de l'instruction primaire ni à en déterminer le mode d'exécution. En effet, l'enfant ne peut être soumis qu'à la surveillance du père de famille ou des personnes responsables. Le principe de l'inviolabilité du domicile s'oppose à ce que le maire ou l'inspecteur primaire pénètre dans la maison paternelle pour interroger l'enfant, examiner ses cahiers, corriger ses devoirs. Le seul moyen de s'assurer que l'instruction a été réellement donnée à l'enfant est de lui faire subir un examen. Aussi, l'art. 16 dispose : « Les enfants qui reçoivent l'instruction dans la famille doivent, chaque année, à partir de la fin de la deuxième année d'instruction obligatoire, subir un examen qui portera sur les matières de l'enseignement correspondant à leur âge dans les écoles publiques, dans des formes et suivant des programmes qui seront déterminés par arrêtés ministériels rendus en Conseil supérieur. — Si l'examen est jugé insuffisant et qu'aucune excuse ne soit admise par le jury, les parents sont mis en demeure d'envoyer leur enfant dans une école publique ou privée dans la huitaine de la notification et de faire savoir au maire quelle école ils ont choisie. »

Dans le second cas, lorsque le père a déclaré que l'instruction sera donnée à l'enfant dans un établissement public ou privé, l'obligation scolaire commence à l'expiration d'un délai de quinzaine courant du jour où le père de famille a été avisé par le maire de l'époque de la rentrée des classes. Ce délai expiré, l'enfant doit fréquenter régulièrement l'école choisie. A défaut de

fréquentation régulière, le père sera l'objet de mesures administratives et même répressives édictées par les art. 12, 13 et 14. La fréquentation cesse d'être régulière lorsque l'enfant s'absente quatre fois dans le mois, pendant au moins une demi-journée, sans justification admise par la commission scolaire. — Remarquons que, dans le cas où le père a opté pour l'instruction dans un établissement public ou privé, l'obligation scolaire est exécutée par le seul fait d'une fréquentation régulière. L'autorité n'a pas à rechercher dans quelle mesure l'enfant a profité des leçons qu'il a reçues. A l'inverse, lorsque l'enfant a été inassidu, le père de famille ne pourrait pas se soustraire aux diverses mesures édictées contre lui, en soutenant que l'enfant a une instruction suffisante et en exigeant qu'on lui fasse subir un examen. Autoriser une pareille prétention, c'eût été introduire dans la loi des difficultés et des complications qui en eussent rendu l'exécution à peu près impossible.

*Deuxième hypothèse.* — Le père n'a pas fait de déclaration. — Il a ainsi renoncé tacitement au droit d'option conféré par la loi. Dès lors le maire se substitue à lui et inscrit d'office l'enfant à l'une des écoles publiques de la commune. Mais à quel moment le maire pourra-t-il procéder à cette inscription d'office; en d'autres termes, à quel moment le père sera-t-il présumé avoir renoncé à l'exercice de son droit d'option? L'art. 7 dispose que le père doit avoir fait la déclaration quinze jours au moins avant l'époque de la rentrée des classes. Ainsi, en supposant la rentrée des classes fixée au premier octobre, le père a jusqu'au quatorze septembre pour faire sa déclaration; à partir du quinze septembre, le maire peut inscrire l'enfant d'office. Dès qu'il l'a inscrit, il doit en aviser la personne responsable. Cette inscription d'office dont le but est de déterminer l'école où l'enfant doit recevoir l'instruction n'enlève pas au père de famille le droit de faire la déclaration; il peut, à toute époque, retirer l'enfant de l'école où il a été inscrit d'office et pourvoir à son instruction comme il le juge convenable. Seulement il doit, au moyen d'une déclaration, faire connaître ses intentions à l'administration municipale. Tant qu'il ne fait pas cette déclaration, il reste tenu d'envoyer son enfant à l'école publique désignée par le maire. — A quel moment



commence cette obligation? — Elle ne peut commencer avant l'expiration d'un délai de quinzaine courant du jour où le père a été avisé de l'époque de la rentrée des classes. En effet, l'art. 8, § 1, aux termes duquel les pères de famille doivent être avisés de l'époque de la rentrée des classes s'applique aussi bien aux parents qui n'ont pas fait la déclaration qu'à ceux qui l'ont faite. Mais, ce délai de quinzaine expiré, le père sera-t-il nécessairement tenu de l'obligation scolaire? Nous ne le pensons pas. Bien que l'avertissement de l'inscription d'office ne soit pas prescrit par l'art. 8, § 2, à peine de nullité, nous estimons cependant, avec la Cour de cassation (Cass., 4 août 1883; Sir., 1883, 1, 483. — Cass., 28 décembre 1883, Journ. *Le Droit*, 30 décembre, 1883), qu'il doit être considéré comme une formalité substantielle; à son défaut, la personne responsable ne saurait être tenue du devoir de la fréquentation scolaire. Il faut donc distinguer deux hypothèses. Ou bien le père a été averti de l'inscription d'office avant l'expiration du délai de quinzaine à partir de l'avis de l'époque de la rentrée des classes. Ou bien l'avertissement de l'inscription d'office est envoyé plus de quinze jours après l'avis de l'époque de la rentrée des classes. Au premier, cas l'obligation scolaire commence à l'expiration du délai de quinzaine à partir de l'avis de la rentrée. Au second cas, c'est la réception de l'avertissement de l'inscription d'office qui sert de point de départ à l'obligation scolaire. Il est donc des hypothèses où le père de famille est obligé d'envoyer son enfant à l'école immédiatement après avoir été avisé de l'inscription d'office. — Cependant, pourrait-on dire, l'art. 8 exige qu'un certain délai s'écoule entre l'avis de l'inscription d'office et le moment où commence l'obligation scolaire; or, ce délai a été établi en faveur du père de famille, il doit donc être maintenu dans tous les cas. — Nous répondrons que la loi a visé, dans l'art. 8, l'hypothèse la plus générale, celle où l'avis de l'inscription est envoyé avant la rentrée des classes. Pourquoi, dans cette hypothèse, le père n'est-il pas tenu de l'obligation scolaire immédiatement après la réception de l'avis de l'inscription d'office? Parce qu'on ne peut exiger d'un père de famille qu'il envoie son enfant à l'école tant que cette école n'est pas ouverte. Mais si, par une circonstance quelconque,

l'avertissement de l'inscription d'office est postérieur à la rentrée des classes, en supposant, bien entendu, cet avertissement donné plus de quinze jours après l'avis de rentrée, le père est immédiatement tenu du devoir scolaire. Toute autre interprétation nous paraît contraire au texte et à l'esprit de la loi.

Remarquons que, dans les communes qui possèdent deux ou plusieurs écoles publiques, le maire est absolument libre d'inscrire l'enfant à n'importe laquelle de ces écoles. La décision du maire n'est susceptible d'aucun recours. Cette solution qui, au premier abord, peut paraître rigoureuse, se justifie par cette considération qu'il suffit au père de famille de faire une déclaration pour réduire l'inscription à néant.

Relativement à l'exécution et à la sanction de l'obligation scolaire, nous n'ajouterons rien à ce que nous avons déjà dit ; les règles sont les mêmes, que la désignation de l'école émane du maire ou qu'elle ait été faite par le père de famille.

Des développements précédents il résulte que la déclaration du père de famille doit être spontanée. En supposant la rentrée des classes fixée au premier octobre, le maire peut donc, dès le quinze septembre, inscrire l'enfant, si à cette date, il n'a reçu aucune déclaration. Toutefois, telle n'est pas l'opinion de la Cour de cassation. Elle a constamment jugé que le maire doit nécessairement, avant de procéder à l'inscription d'office, mettre le père de famille en demeure d'avoir à faire la déclaration. « Attendu, porte un arrêt rendu par la Cour suprême, le 26 mai 1883 (Sir., 83. 1. 483), qu'il résulte tant des termes que de l'esprit de l'art. 8 de la loi du 28 mars 1882, que l'inscription d'office d'un enfant en âge scolaire sur les registres d'une école publique ne peut être opérée par le maire de la commune qu'après que la personne responsable a reçu un avis individuel à l'effet de la mettre en demeure de faire la déclaration prévue et définie par l'art. 7 de ladite loi, que la publication par la voie d'affiches dans la forme administrative, de l'époque de la rentrée des classes, ne peut pas tenir lieu de cette mise en demeure individuelle ; — Attendu que, à défaut de cet avis, l'inscription d'office est irrégulière et ne peut faire courir le devoir de la fréquentation scolaire, ni, en conséquence, servir de base à l'application des péna-

lités édictées pour réprimer les manquements à ce devoir.... »

A l'appui de cette solution, on a argumenté du rapprochement des deux premiers paragraphes de l'art. 8. Dans le paragraphe premier, le législateur a posé en règle générale la nécessité d'une mise en demeure adressée aux parents. Cette règle étant également applicable aux diverses hypothèses prévues par l'art. 8, la mise en demeure dont il est question dans le paragraphe premier vise donc non-seulement la rentrée des classes, mais encore la déclaration exigée par le paragraphe second. Si dans cette dernière disposition le législateur n'a pas parlé de mise en demeure, ce n'est pas pour l'exclure, mais uniquement pour éviter une répétition. Le paragraphe second doit être lu ainsi : « En cas de non déclaration, quinze jours avant l'époque de la rentrée des classes, de la part des parents et autres personnes responsables *mis en demeure comme il est dit dans le paragraphe précédent*, il inscrit d'office.... »

Ce raisonnement ne nous a pas convaincu. En effet, le paragraphe 2 de l'art. 8 ne se rattache par aucun lien au paragraphe qui le précède. Sa place naturelle, logique, eût été à la suite de l'article 7 dont il contient la sanction. On ne saurait donc argumenter de l'insertion dans un même article de deux dispositions complètement étrangères l'une à l'autre.

Examinons de plus près le système de la Cour de cassation. D'après ses partisans, la loi du 28 mars 1882 présenterait de graves imperfections. Si l'on admet, en effet, la nécessité d'une mise en demeure préalable à la déclaration, la raison indique qu'un certain délai doit s'écouler entre le jour où le père a été mis en demeure et celui où il est en faute de n'avoir pas fait la déclaration. Ce délai, quel sera-t-il ? La loi n'en parle pas. Lacune regrettable, dit-on, qu'il appartient aux tribunaux de combler. — D'après nous, cette lacune n'existe pas. Le silence de la loi s'explique parfaitement. Le législateur n'avait pas à fixer de délai, puisqu'il n'exigeait pas que la déclaration fût précédée d'une mise en demeure.

Pour en terminer avec cette question, nous mentionnerons la circulaire ministérielle du 7 septembre 1882. Non-seulement le ministre exige que la déclaration soit précédée d'une mise en

demeure, il prescrit en outre aux maires, au cas où cette première mise en demeure resterait sans réponse, d'adresser aux parents une lettre de rappel. — Nulle part le législateur n'a imposé à l'autorité municipale une pareille obligation. Subordonner la validité de l'inscription d'office à l'envoi d'une lettre de rappel, c'est donc introduire dans la loi du 28 mars 1882 une cause de nullité qu'on y chercherait vainement. — Est-ce à dire que les maires ne doivent pas se soumettre aux prescriptions de la circulaire ministérielle ? Telle n'est pas notre conclusion ; nous estimons, au contraire, qu'ils ne sauraient trop les observer. Plus le nombre des personnes atteintes par une loi est considérable, plus il est nécessaire d'apporter de ménagements et de modération dans son exécution, surtout pendant les premiers temps de sa mise en vigueur. Seulement, il importe de ne pas se méprendre sur le caractère de ces mises en demeure. Elles n'ont rien d'obligatoire ; elles constituent des actes purement gracieux, de simple complaisance. L'inscription d'office serait donc parfaitement régulière, alors même qu'elle n'aurait été précédée d'aucune mise en demeure.

IV. — Nous savons que, en cas de non-déclaration, l'enfant est inscrit d'office à l'une des écoles publiques de la commune, et que, à défaut de fréquentation de cette école, le père encourt les mesures édictées par les articles 12 à 14 de la loi du 28 mars 1882. Or, voici l'hypothèse qui s'est plusieurs fois présentée. Un père de famille ne fait pas de déclaration, mais il envoie régulièrement ses enfants dans un établissement scolaire. On s'est demandé si ce père de famille tombe sous l'application des articles 12 à 14 précités.

Nous distinguerons : ou le père de famille est de bonne foi, ou il est de mauvaise foi.

S'il est de bonne foi, c'est-à-dire s'il a ignoré les dispositions légales qui prescrivent la déclaration, ou s'il a pensé que l'inscription dans une école publique ou libre tient lieu de déclaration, la commission scolaire ne manquera pas d'accueillir l'excuse tirée de la bonne foi.

S'il est de mauvaise foi, c'est-à-dire si le défaut de déclaration est dicté par l'intention non équivoque de violer la loi, nous esti-

mons avec la Cour de cassation (Cass., 14 décembre 1883, Journ. *Le Droit*, 14 janvier 1884) que les dispositions des articles 12 à 14 de notre loi sont applicables. Il y aurait cependant un cas où le père de famille, même de mauvaise foi, échapperait à toute mesure : c'est celui où il enverrait son enfant à l'école publique sur les registres de laquelle le maire a opéré l'inscription d'office. Dans ce cas, il serait absolument impossible de vaincre le refus obstiné de déclaration. En effet, ce que la loi atteint, ce n'est pas le défaut de déclaration, mais seulement l'absence de l'école où a eu lieu l'inscription d'office. Or, nous raisonnons dans l'hypothèse où ces absences n'existent pas.

V. — Il ne suffisait pas d'inscrire dans la loi le principe de l'obligation primaire, il fallait encore et surtout veiller à ce que les nouvelles prescriptions ne devinssent pas lettre morte. Dans ce but, l'art. 5 institue une commission scolaire pour surveiller et encourager la fréquentation des écoles.

(a) *Comment est-elle composée ?* — Aux termes de l'art. 5, § 2 : « Elle se compose du maire, président ; d'un des délégués du canton et dans les communes comprenant plusieurs cantons, d'autant de délégués qu'il y a de cantons, désignés par l'Inspecteur d'Académie ; de membres désignés par le Conseil municipal en nombre égal, au plus, au tiers des membres de ce Conseil. » La Commission ne peut délibérer valablement que lorsqu'elle est régulièrement constituée, c'est-à-dire lorsque tous ses membres ont été investis de leurs fonctions conformément à la loi. Par application de cette règle, la Cour de cassation a prononcé la nullité d'une délibération de la Commission scolaire de Pontfaverger, motif pris de ce que le délégué cantonal n'avait pas été désigné par l'autorité académique. (Cass. 3 août 1883, Sir., 1883, 1, 483). Mais il n'est pas nécessaire, pour la validité des délibérations, que tous les membres dont elle se compose y aient participé. Il suffit que la décision ait été prise par la majorité, c'est-à-dire par la moitié plus un de ses membres. (Cass., 21 décembre 1883, Journ. *Le Droit*, 30 décembre 1883). Dans ce même arrêt, la Cour de cassation a jugé que les membres de la Commission scolaire élus par le Conseil municipal, lors même qu'ils sont démissionnaires, sont considérés comme étant en exercice tant

qu'ils n'ont pas été remplacés. Ils doivent donc, jusqu'à leur remplacement, faire nombre pour le calcul de la majorité. La même solution serait applicable au maire, à l'inspecteur primaire et aux délégués cantonaux qui peuvent aussi être démissionnaires ou révoqués.

La question s'est posée de savoir s'il appartient au juge de paix d'examiner la régularité de la constitution et des délibérations de la commission scolaire. Pour la négative, on a fait valoir que le tribunal de police étant un tribunal judiciaire ne peut pas connaître de questions d'ordre administratif. La Cour suprême a, avec raison, rejeté cette théorie. En effet, aux termes de l'art. 14, le juge de paix est saisi en vertu d'une plainte de la commission scolaire ou de l'inspecteur primaire, en cas d'inaction du maire président de la commission. Le juge de paix aura donc non-seulement le droit, mais encore le devoir de vérifier si cette plainte s'est produite dans les conditions prescrites par la loi, c'est-à-dire si la commission qui a statué a été régulièrement constituée et a délibéré valablement. En procédant à cette vérification, il n'excède pas ses pouvoirs. Cette solution n'est d'ailleurs que l'application d'une règle générale d'après laquelle les tribunaux de répression peuvent, sans porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, apprécier si la décision qui leur est soumise émane d'une autorité compétente. Mais le juge de paix doit se borner à cet examen. Il dépasserait évidemment les limites de sa compétence s'il infirmait ou même s'il confirmait les décisions de la commission (Cass., 3 août 1883, Sir., 83, 1, 483).

(b) *Du caractère des commissions scolaires.* — Il est, tout d'abord, incontestable qu'elles constituent des autorités. Une autorité est, en effet, tout agent soit collectif, soit individuel, investi du pouvoir d'ordonner, de prescrire, de commander. Or, les commissions scolaires jouissent de ce pouvoir. D'après les articles 13 et 14 de la loi du 28 mars 1882, elles ont le droit de faire comparaître devant elles les personnes responsables des enfants qui n'ont pas obéi aux prescriptions législatives et de leur adresser des exhortations et des admonestations. Ce premier avertissement reste-t-il sans effet, elles doivent faire afficher à la porte de la mairie les noms, prénoms et qualités des parents

récalcitrants avec indication du fait relevé contre eux. Enfin, au cas de nouvelle infraction, elles saisissent le juge de paix.

Les commissions scolaires constituent donc des autorités. Mais à quel ordre appartiennent-elles ? A l'ordre judiciaire ou à l'ordre administratif ? Sur ce point encore le doute n'est pas possible. La règle de la séparation des pouvoirs est une des règles fondamentales de notre droit public. D'après cette règle, l'exercice des fonctions administratives étant interdit aux autorités judiciaires, il s'ensuit que toute autorité investie de fonctions administratives est nécessairement une autorité administrative. Or, la loi du 28 mars 1882 a conféré aux commissions scolaires des attributions administratives nombreuses. Ainsi, elles dressent, de concert avec le maire, la liste des enfants en âge scolaire ; elles accordent aux enfants des dispenses de fréquentation scolaire ; elles sont chargées du soin de distribuer les secours dont dispose la caisse des écoles. Les commissions scolaires doivent donc être rangées parmi les autorités administratives.

Une des conséquences remarquables engendrées par ce caractère est de soumettre les commissions scolaires à la prescription de l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872. Aux termes de cet article, « Le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs, formées contre les actes des diverses autorités administratives. » Nous rappellerons que le recours pour excès de pouvoirs peut avoir lieu dans trois hypothèses distinctes : 1<sup>o</sup> lorsque l'agent est sorti des limites de sa compétence et a usurpé soit le pouvoir législatif, soit le pouvoir de l'autorité judiciaire, soit les fonctions d'une autre autorité administrative ; 2<sup>o</sup> lorsque l'agent n'a pas suivi les formes dans lesquelles la loi et les règlements lui avaient prescrit de prononcer ; 3<sup>o</sup> lorsqu'il y a eu détournement de pouvoirs, c'est-à-dire lorsque l'agent a employé le pouvoir qui lui était donné dans un but différent de celui que le législateur avait en vue.

Lorsque la commission scolaire aura commis un de ces trois excès de pouvoirs, le Conseil d'État pourra être saisi. Par qui le sera-t-il ? Par la partie intéressée, cela va de soi. Mais le ministre de l'instruction publique aura-t-il qualité pour déférer au Con-

seil d'État la décision de la commission ? En règle générale, les ministres ne demandent pas au Conseil d'État l'annulation des actes des autorités administratives qu'ils estiment entachés d'excès de pouvoirs. La raison en est, qu'ils ont, en principe, le pouvoir d'annuler eux-mêmes les actes de cette nature. Dès lors, s'ils ne saisissent pas le Conseil d'État, c'est parce qu'ils n'ont pas besoin de son concours. Mais s'il s'agit d'une autorité administrative qui, en vertu du pouvoir propre dont elle est investie, échappe à tout contrôle ministériel, et si cette autorité prend une décision entachée d'excès de pouvoirs, le ministre n'aura-t-il pas le droit de déférer cette décision au Conseil d'État et d'en demander l'annulation *proprio motu* ? Lui refuser ce droit, ce serait, comme le disait fort justement M. Marguerie, « reconnaître que des intérêts privés et individuels sont mieux protégés que les intérêts généraux et collectifs du pays en vue desquels les divers départements ministériels ont été constitués. En vous saisissant d'un recours pour excès de pouvoirs, le ministre fait œuvre de ministère public et il s'adresse à l'assemblée qui a reçu du législateur la haute mission de maintenir toutes les autorités administratives dans les limites de leur compétence. » Le Conseil d'État, adoptant l'opinion du commissaire du gouvernement, a jugé dans son arrêt du 16 mars 1883, (Rec des arr. du C. d'État, 83, p. 285) « que, il appartient au ministre de l'instruction publique, chargé de veiller à l'observation des lois et au maintien des compétences parmi les autorités ressortissant à son département, de poursuivre l'annulation des décisions qu'il croirait entachées d'excès de pouvoirs. »

Dans quel cas les décisions de la commission scolaire seront-elles entachées d'excès de pouvoirs ? En faire une énumération complète serait chose à peu près impossible. Nous nous bornerons à parcourir les hypothèses les plus intéressantes.

1° Une commission scolaire commet-elle un excès de pouvoirs en accueillant une excuse fondée exclusivement sur la nature de l'enseignement donné dans l'école et des livres employés par l'institutrice ?

La question s'est présentée, pour la première fois, dans les circonstances suivantes : le sieur Deymes envoyait son fils à



l'école publique de la commune de Verfeil. Il crut devoir le retirer de l'école, et les raisons qui motivèrent sa détermination furent ainsi formulées sur le registre tenu par l'instituteur conformément à l'art. 18 de la loi du 28 mars 1882: « Deymes Bernard ne veut pas laisser suivre à son fils le cours de morale par M. Compayré, prétextant que c'est un mauvais livre; pour ce motif, l'a retiré de l'école. » La commission scolaire de Lavour appelée à statuer sur l'excuse invoquée par le sieur Deymes, a déclaré, par une décision en date du 15 décembre 1882, que l'absence du jeune Deymes était justifiée. Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'instruction publique a annulé la décision de la commission scolaire. « Considérant, porte l'arrêt du 16 mars 1883 (Rec. des arr. du C. d'État 18 3 p. 285), que l'art. 10 de la loi du 28 mars 1882 dispose: les motifs d'absence seront soumis à la commission scolaire. Les seuls motifs réputés légitimes sont les suivants: maladie de l'enfant, décès d'un membre de la famille, empêchements résultant de la difficulté accidentelle des communications. Les autres circonstances, exceptionnellement invoquées, seront également appréciées par la commission. Considérant que si, par application dudit article, les commissions scolaires statuent sur les cas d'excuses personnelles invoquées par l'enfant ou par sa famille, aucune disposition de loi ne leur donne qualité pour contrôler les matières et les méthodes de l'enseignement et ne les autorise à accueillir des demandes d'excuses fondées sur des appréciations de cette nature; Considérant que l'excuse du sieur Deymes, telle qu'elle a été formulée devant la commission, se fondait uniquement sur la nature de l'enseignement donné et des livres employés dans l'école; qu'en accueillant cette excuse, la commission s'est immiscée dans des affaires étrangères à ses attributions; qu'elle a ainsi excédé sa compétence et commis un excès de pouvoirs..... »

La Cour suprême saisie d'une question du même genre l'a résolue dans le même sens dans un arrêt du 15 décembre 1883 (Journ. *Le Droit*, 23 janvier 1884). La Cour admet que l'excuse tirée de ce que la neutralité de l'enseignement serait violée dans l'école par la mise à la disposition des élèves du manuel Compayré ne peut être légalement présentée devant le tribunal de

police. Ces arrêts se passent de tout commentaire; on ne saurait mieux juger ni mieux dire.

Mais s'ensuit-il que la neutralité de l'école puisse être impunément violée? Personne n'oserait le soutenir en présence des paroles suivantes prononcées à la Chambre des députés par le rapporteur du projet de la loi: « Il nous a paru indispensable d'affirmer au père de famille que rien ne sera enseigné dans cette école qui puisse porter atteinte à la liberté de conscience de son enfant et à la sienne propre. » Donc, si la neutralité promise n'était pas observée, le père aurait un recours. Seulement, ce recours ne devrait être porté ni devant la commission scolaire ni devant les tribunaux judiciaires. Il est des autorités spéciales, chargées de la direction et de la surveillance de l'instruction publique, auxquelles incombe le devoir de contrôler les méthodes d'enseignement. Ces autorités sont l'inspecteur primaire, l'inspecteur d'académie, le recteur, le préfet, le ministre de l'instruction publique et, en dernier lieu, le Parlement.

2° La commission scolaire commet-elle un excès de pouvoirs en ordonnant la publicité de ses séances?

L'arrêt précité du Conseil d'État a tranché la question affirmativement. A l'appui de cette solution, le ministre de l'instruction publique avait argumenté de l'art. 22 de la loi du 5 mai 1855 d'après lequel les séances du Conseil municipal ne sont pas publiques. Ce raisonnement ne nous paraît pas exact. On ne doit pas, en effet, assimiler les commissions scolaires aux commissions municipales. Les commissions scolaires ne sont pas une représentation réduite des conseils municipaux; sans doute, les membres qui les composent sont, pour la majeure partie, nommés par les conseils municipaux, mais il n'est pas absolument nécessaire que ces membres soient pris parmi les conseillers municipaux; le choix peut porter sur tout habitant de la commune. Donc, les commissions scolaires ont une existence propre et indépendante, elles ne sont pas régies de plein droit par les dispositions applicables aux délibérations des conseils municipaux. En conséquence, on ne saurait invoquer l'art. 54 de la nouvelle loi du 6 avril 1884 aux termes duquel les séances des conseils municipaux sont publiques pour soutenir que, depuis la mise en

vigueur de cette loi, les commissions scolaires pourront également ordonner la publicité de leurs séances.

La théorie du Conseil d'État n'est que l'application d'une règle générale d'après laquelle les corps administratifs, même ceux investis d'un pouvoir juridictionnel, ne siègent pas en public. Cette règle comporte, il est vrai, des exceptions; ainsi, l'ordonnance du 2 février 1831 a établi la publicité des séances du Conseil d'État en matière contentieuse; la loi du 24 juin 1865 a organisé la publicité des séances du Conseil de préfecture statuant comme tribunal administratif; la loi du 10 août 1871 a rendu publiques les délibérations des Conseils généraux. Mais, en dehors d'un texte formel, on doit appliquer le principe. Or, la loi du 28 mars 1882 ne contient aucune disposition prescrivant ou même autorisant la publicité des séances des commissions scolaires; donc la publicité est interdite. Il serait d'ailleurs extraordinaire que la commission scolaire, autorité d'ordre universitaire, fût autrement traitée que le Conseil départemental, le Conseil académique, le Conseil supérieur de l'instruction publique, corps universitaires dont les délibérations sont toujours secrètes.

A cet argument ajoutons une considération tirée du caractère même des commissions scolaires. Lors d'une première infraction, le rôle de la commission se borne à rappeler au père de famille le texte de la loi et à lui expliquer ses devoirs. Or, rendre publiques les réunions tenues par la commission, ne serait-ce pas enlever à l'admonestation son véritable caractère, détruire par avance les effets salutaires qu'elle peut produire et attribuer à cette mesure une gravité dont la nécessité ne se fait sentir qu'au cas de nouvelle infraction?

3° La commission scolaire commet-elle un excès de pouvoirs en autorisant le père de famille à se faire représenter devant elle par un mandataire? L'affirmative est évidente. L'article 12 exclut toute idée de représentation. Le contrevenant doit comparaître personnellement; c'est à lui et non à son mandataire que la commission doit donner l'avertissement.

4° Mais la commission ne pourrait-elle pas autoriser le père de famille à se faire assister par un défenseur? Ici le doute est possible. Cependant, nous n'hésitons pas à considérer une

pareille décision comme entâchée d'excès de pouvoirs. Autoriser le père de famille à se faire assister par un défenseur, ce serait, à notre avis, enlever aux séances de la commission le caractère tout à fait intime dont le législateur a voulu qu'elles soient revêtues. Vainement nous reprocherait-on de porter atteinte au principe de la liberté de la défense. Nous répondrons que l'application de ce principe présuppose une poursuite introduite devant une juridiction, et par suite l'idée d'un débat qui ne peut évidemment pas s'élever entre le père récalcitrant et les membres de la commission scolaire. Le père, pourra, sans doute, fournir à la commission toutes les explications qu'il jugera nécessaires ; mais autre chose est présenter des explications, autre chose est plaider, discuter.

5° La commission scolaire commet-elle un excès de pouvoirs, en citant devant elle le père contrevenant, alors que n'est pas encore expiré le mois pendant lequel ont été constatées les quatre absences visées par l'art. 12 de la loi du 28 mars 1882 ? La Cour de cassation, dans un arrêt du 21 décembre 1883 (*Journ. Le Droit*, 23 décembre 1883), a jugé que, en procédant ainsi, la commission ne commet pas d'excès de pouvoirs. Nous nous rallions à cette solution. L'art. 12 fixe, en effet, un maximum de durée, mais il ne fixe pas un minimum en ce sens qu'on doit attendre l'expiration du mois avant d'agir par la citation, par l'avertissement ou par l'affichage et par la plainte.

(c). Nous avons établi que la commission scolaire doit être rangée parmi les autorités administratives ; mais constitue-t-elle une juridiction ? C'est là une des plus graves difficultés qu'ait soulevées la loi du 28 mars 1882.

Sur cette question, la Cour de cassation a rendu, à quatre mois d'intervalle, deux arrêts qui nous paraissent difficilement conciliables. « Attendu, porte le premier arrêt à la date du 4 août 1883 (Sir. 1883. 1. 486), que le législateur a, dans les articles 13, 14 et 15, organisé contre les personnes responsables du devoir scolaire un *système de pénalités graduées et d'ordres divers*, l'avertissement, l'affichage, puis les peines de simple police..... » Le second arrêt du 11 décembre 1883 (*Journ. Le Droit*, 11 janv. 1884) contient les considérants suivants : « Attendu que les com-

missions scolaires sont de *simples corps administratifs*, pour surveiller et assurer l'accomplissement du devoir scolaire prescrit par la loi et déférer, le cas échéant, les contrevenants à la justice répressive, et que *les mesures préalables qu'ils prennent n'ont pas le caractère de véritables pénalités* ; Attendu que, spécialement, l'affichage, bien que qualifié peine dans la loi, n'est, dans l'esprit du législateur et dans l'ordre gradué des mesures qu'il prescrit, qu'une mise en demeure plus énergique adressée au père de famille de se conformer à la loi après que l'avertissement prononcé pour une première infraction est demeuré sans effet.... » Entré ces deux solutions laquelle choisir ? Nous optons pour la dernière.

Ecartons tout d'abord une objection tirée du texte de la loi. Les articles 11 et 13 qualifient à plusieurs reprises l'affichage de peine ; or, dit-on, les tribunaux seuls peuvent prononcer des peines, donc, la commission scolaire est un tribunal. — Cet argument n'est pas décisif ; il repose, en effet, sur une interprétation littérale ; or, qui ne sait combien il faut se tenir en garde contre ces sortes d'interprétation ? Nous pensons qu'il n'y a pas lieu de s'attacher à l'expression peine employée par le législateur. Faire découler de cette expression le caractère juridictionnel de la commission scolaire nous paraît aller à l'encontre même de la loi.

Il serait, d'ailleurs, bien étrange que les décisions des commissions scolaires, en supposant qu'elles constituassent de véritables jugements, fussent soumises à des règles spéciales sans que le législateur s'en fût nettement expliqué. Or, il est de principe fondamental dans notre législation, tant en matière civile qu'en matière répressive, que les jugements sont susceptibles d'être déférés à une juridiction supérieure ou rétractés, sous certaines conditions, par le tribunal même qui les a rendus. Tout jugement par défaut est, en principe, susceptible d'appel. Pour écarter l'une ou l'autre voie de recours, un texte formel est indispensable. La prohibition ne saurait résulter du silence du législateur. D'autre part, l'exercice de ces deux voies de recours est, soit en matière civile, soit en matière criminelle, soigneusement réglementé quant aux formes, aux délais et aux effets engendrés.

En outre, en matière d'appel le législateur n'a jamais négligé d'indiquer la juridiction supérieure à laquelle sera demandée la réformation de la sentence du juge inférieur.

Or, si la loi du 28 mars 1882 est absolument muette tout à la fois à l'égard de l'opposition et de l'appel, si elle ne réglemente ni les délais, ni les formes de ces voies de recours, si elle omet de désigner la juridiction supérieure, n'en faut-il pas conclure que les décisions de la commission scolaire ne constituent pas de véritables jugements?

Objectera-t-on que la loi de 1882 a entendu proscrire l'appel et l'opposition par voie de préterition, les proscrire par cela seul qu'elle gardait le silence à leur égard? Ce serait, il faut l'avouer, une singulière anomalie dans notre législation; la loi de 1882 heurterait tous les principes reçus. Et à cette singularité viendrait s'ajouter une véritable violation de la loi constitutionnelle. En effet, la règle du double degré de juridiction posée par le décret du 1<sup>er</sup> mai 1790 fait partie de nos règles constitutionnelles. Et fût-il vrai qu'une loi spéciale pût déroger à une loi constitutionnelle (ce que nous n'admettons pas), faudrait-il encore que la volonté du législateur fût nettement manifestée.

Donc, tout concourt à démontrer que les décisions des commissions scolaires ne sont pas de véritables jugements; que, par conséquent les commissions scolaires ne constituent pas des tribunaux.

A l'appui de cette solution nous ferons valoir une dernière considération, à notre avis, déterminante. Si la commission scolaire était une juridiction, elle devrait évidemment être rangée parmi les juridictions administratives. Or, d'après l'art. 14, le père de famille qui commet une troisième infraction est traduit devant le juge de paix, de telle sorte que le législateur, après avoir attribué à un tribunal administratif la connaissance des deux premières infractions, aurait déféré à un tribunal judiciaire la troisième infraction qui est cependant de la même nature que les précédentes. Ne serait-ce pas la violation la plus flagrante du principe de la séparation des deux autorités administrative et judiciaire? On ne peut gratuitement imputer un pareil reproche au législateur de 1882. Entre deux interprétations, l'une mettant

la loi du 28 mars 1882 en harmonie avec les principes généraux du droit, l'autre faisant de cette loi une singularité inexplicable, il n'y a pas d'hésitation possible; la première est seule admissible.

Nous concluons donc que la répression commence seulement devant le juge de paix; l'affichage est, comme l'a si exactement dit l'éminent Procureur général près la Cour de cassation, « la suprême mesure administrative à laquelle, après avoir épuisé la phase des ménagements, le législateur a entendu recourir avant d'arriver à la traduction en justice. » (Journ. *Le Droit*, 11 janvier 1884).

De notre solution découlent les deux conséquences suivantes :

1° Il n'est pas nécessaire, pour que la décision prise par la commission scolaire soit exécutée, qu'elle ait été notifiée au père de famille. Il en serait autrement si cette décision constituait un véritable jugement. Art. 147, C. pr.

2° L'affichage peut être prononcé sans que le père de famille ait été cité devant la commission. Il ne s'agit pas, remarquons-le bien, du cas prévu par l'art. 12, § 2, c'est-à-dire du cas où l'affichage est prononcé pour défaut de comparution du père de famille; dans ce cas, la commission n'a pas assurément à appeler devant elle la personne responsable. L'hypothèse que nous avons en vue est la suivante : le père de famille cité pour une première infraction a comparu devant la commission; dans les douze mois, il commet une seconde infraction; la commission peut, à raison de cette dernière infraction, ordonner l'affichage sans avoir à appeler devant elle le père de famille. L'article 13 nous paraît formel en ce sens : « En cas de récidive dans les douze mois qui suivront la première infraction, la commission municipale scolaire ordonnera l'inscription pendant quinze jours ou un mois à la porte de la mairie, des nom, prénoms et qualités de la personne responsable avec indication du fait relevé contre elle. » Sans doute, la commission pourra, si elle le juge convenable, inviter le père de famille à venir présenter ses explications; mais elle n'y est pas obligée.

La même solution doit être admise dans l'hypothèse de l'article 14. Cet article porte que, en cas de nouvelles infractions, la

commission adressera une plainte au juge de paix. Est-il nécessaire que, avant de saisir le juge de paix, la commission appelle le contrevenant? Nous ne le pensons pas. Comme le dit l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 1883, « il est manifeste que l'acte par lequel la commission saisit le juge de police ne saurait avoir aucun des caractères d'une peine, que cette décision prise uniquement à titre préparatoire n'intéresse, à aucun degré, les droits de la défense, lesquels se produisent librement et dans toute leur plénitude devant la juridiction saisie par la plainte... »

VI. — L'article 14 de la loi du 28 mars 1882 a fait naître une question fort délicate. On peut la formuler ainsi : lorsque le père de famille cité devant la commission scolaire à raison d'une première infraction, a encouru l'affichage pour défaut de comparution et qu'il commet dans l'année une nouvelle infraction, y a-t-il lieu de prononcer contre lui un second affichage, ou bien doit-il être déféré au tribunal de police ?

La plupart des tribunaux appelés à résoudre la difficulté, ont jugé que la commission est seule compétente pour statuer, et qu'elle doit ordonner un second affichage. (Trib. correct. d'Orléans, 22 avril 1883; Trib. correct. de Bonneville, 28 juin 1883; Trib. de police de Paris, 10 juillet 1883; *Gaz. des Trib.* des 26 avril, 7 et 21 juillet, *Loi* du 22 juillet 1883).

La Cour de cassation s'est, au contraire, prononcée pour la compétence du juge de paix, dans un arrêt du 4 août 1883 (Sir. 1883. 1. 486).

A l'appui de la première opinion on invoque un argument dont on ne saurait nier la valeur. Cet argument est tiré du texte de l'art. 14 : « En cas de nouvelle récidive, la commission scolaire ou, à son défaut, l'inspecteur primaire devra adresser une plainte au juge de paix. » L'état de nouvelle récidive suppose au moins trois infractions; c'est donc seulement à partir de la troisième infraction que le juge de paix aura à statuer. Or, dans l'espèce, il n'y a eu que deux infractions; par conséquent, dit-on, le juge de paix est absolument incompétent.

On pourrait soutenir que le non-comparant a commis trois infractions; les deux premières consistant dans les deux séries d'absence de l'enfant, la troisième, peut-être plus grave encore,



résultant du refus du père d'obéir à l'invitation de la commission scolaire. Mais il n'est pas besoin de recourir à cette explication pour justifier la solution de la Cour de cassation.

Si le législateur, au lieu d'employer l'expression *nouvelle récidive*, avait dit : *en cas de nouvelle infraction*, il n'y aurait pas de difficulté. Or, d'après nous, ces expressions doivent être considérées comme synonymes. Dans l'article 14, l'infraction visée par le législateur est l'infraction qui suit immédiatement celle à raison de laquelle l'affichage a été prononcé. Sans doute, cette infraction est la troisième dans le cas le plus habituel, lorsque le père de famille a comparu devant la commission sur l'invitation à lui adressée lors de la première infraction. C'est pourquoi on ne saurait critiquer, dans ce cas, l'expression employée. Mais s'en suit-il que dans l'hypothèse exceptionnelle où l'affichage a été prononcé *de plano* pour une première infraction, le juge de paix doive se déclarer incompetent lors d'une nouvelle infraction, sous prétexte que le contrevenant n'a encore commis que deux infractions ? L'économie de la loi nous paraît repousser cette interprétation. Le législateur a, en effet, organisé une série de mesures d'autant plus énergiques que la résistance à la loi se prolonge et s'accroît davantage. Après l'avertissement resté infructueux, la commission scolaire ordonne l'affichage. Cet affichage demeure-t-il sans effet, il n'y a plus qu'une ressource, la peine de droit commun, la répression de la contravention par le tribunal de police. Il importe peu que l'affichage ait été précédé d'un avertissement ou qu'il ait été prononcé *de plano* pour une première infraction. Dans l'un et l'autre cas, la situation du contrevenant est la même. La résistance à la loi manifestée par une non-comparution injustifiable, équivaut à la persistance dans l'infraction. Le père de famille est resté sourd à deux sommations, l'avertissement et l'affichage ; il a ainsi démontré l'insuffisance de l'affichage ; dès lors, on ne s'expliquerait pas la réitération d'une mesure qui a été vainement appliquée.

Ajoutons que aucune disposition de la loi du 28 mars 1882 n'autorise cette réitération. — On a, il est vrai, essayé de soutenir que l'art. 12, § 2, et l'art. 13 investissent la commission scolaire du droit de prononcer un second affichage, et voici

comment on a raisonné : l'art. 13 dispose que, au cas de récidive, c'est-à-dire au cas d'une seconde infraction au devoir scolaire, le père de famille subira l'affichage. Or, l'article 13 ne distingue pas entre l'hypothèse où, sur la première infraction, le contrevenant ayant comparu a reçu les exhortations prescrites par la loi et l'hypothèse où il a encouru l'affichage pour défaut de comparution. — Mais c'est résoudre la question par la question. Il s'agit précisément de savoir si le non-comparant tombe sous le coup de l'art. 13, ou si c'est, au contraire, l'art. 14 qui lui est applicable.

Remarquons enfin que, avec le système que nous combattons, on en arrive à traiter de la même façon le non-comparant et le comparant. Pour une deuxième infraction, ils subiraient tous les deux l'affichage. Assimilation inadmissible ! En effet, celui qui n'a pas comparu est évidemment plus répréhensible que le comparant ; il a de plus à sa charge la désobéissance à la citation de la commission ; il doit donc, pour une seconde infraction, être traité plus sévèrement.

En conséquence, nous concluons, avec la Cour de cassation, que lorsqu'un père de famille a déjà encouru l'affichage, peu importe que ce soit pour une première ou une seconde infraction ; il doit, à raison de toute nouvelle infraction, être traduit devant le tribunal de police.

VII. — Nous terminerons cet examen de la jurisprudence en signalant une dernière question résolue par la Cour suprême dans un arrêt en date du 15 décembre 1883 (*Journ. Le Droit*, 23 janvier 1884). Voici les faits : le sieur Lebreton déféré au tribunal de simple police de Valogne a été condamné par jugement du 15 juin 1883 à 2 francs d'amende pour diverses infractions à la loi sur l'enseignement obligatoire. Or, le 19 juin, le même tribunal a été saisi d'une nouvelle plainte contre le sieur Lebreton à raison d'absences remontant à une époque antérieure à celle du jugement. Le tribunal de police a relaxé le sieur Lebreton des secondes poursuites dont il était l'objet. Le ministère public s'est pourvu en cassation. Mais la Cour suprême a rejeté le pourvoi : « Attendu, porte son arrêt du 15 décembre 1883, qu'il résulte manifestement de l'économie de la loi que, de même

que les diverses infractions qui précèdent sa première comparution devant la commission scolaire ne peuvent être réprimées que par l'avertissement, et qu'ensuite celles qui précèdent la comparution ne comportent que l'affichage, de même les nouvelles infractions commises en récidive, après l'affichage, mais avant la condamnation en simple police, doivent être comprises dans une même poursuite, et ne peuvent faire l'objet, quel qu'en soit le nombre, que d'une peine unique. » Cette décision, n'étant que l'application pure et simple de principes incontestables, ne comporte aucun commentaire.

E. WALLON.

---

### Lettre à M. le sénateur Bardoux,

Sur la suppression de la publicité des exécutions capitales et la nécessité d'une peine nouvelle pour les cas de commutation de la peine de mort.

*La Rongère, 1<sup>er</sup> juillet 1884.*

Monsieur le Sénateur,

J'ai lu avec le vif intérêt que devaient m'inspirer le mérite distingué et l'autorité du nom de son éminent auteur, votre remarquable exposé des motifs à l'appui de la proposition que vous avez déposée au Sénat, le 10 juin, tendant à la suppression de la publicité des exécutions capitales.

Dans la gracieuse lettre qui en accompagnait l'envoi, vous exprimiez le désir de connaître mon opinion sur la réforme qui fait l'objet de votre proposition. Je m'empresse de déférer à votre désir et j'irai même au-delà, car j'ai la conviction qui ne date pas de ce jour, qu'il y a dans l'état présent du système pénal en France, une question plus grave encore que celle de la publicité des exécutions capitales, c'est la question de l'inefficacité de la peine qui, appelée, suivant la loi du 30 mai 1854, par voie de commutation à remplacer celle de mort, vient bouleverser la graduation de l'échelle pénale et créer une situation alarmante pour la sécurité de l'ordre social. Il y a donc là deux points de vue qui se suivent et s'enchaînent et sur lesquels je vous prierais de

me permettre de soumettre successivement à votre haute appréciation ma profonde et persévérante conviction.

### § 1<sup>er</sup>.

Dans votre résumé historique, vous avez rappelé le projet de loi préparé par une commission instituée sous le dernier ministre de M. Dufaure, qui ne faisait que s'inspirer des idées accueillies par le Corps législatif dès les premiers mois de 1870.

Vous avez mentionné que le projet de loi préparé par M. Dufaure fut repris par l'honorable M. Le Royer, devenu garde des Sceaux, qui le déposa à la séance du 20 mars 1879, sur le bureau de la Chambre des députés. Vous avez signalé le singulier oubli depuis six années de ce projet de loi, qui n'avait encore été l'objet d'aucun rapport et dont aucune commission n'avait été saisie.

Je regrette que ce résumé qui ne part que de 1870 n'ait pas remonté un peu plus haut, car, en 1867, se trouve la réponse à la demande que vous me faites de mon opinion sur la suppression de la publicité des exécutions capitales. Le 26 mars 1867, je demandais en effet au Sénat la suppression des exécutions publiques dans une pétition imprimée et distribuée à tous ses membres, et qui, à la séance du 29 décembre 1869, fut l'objet d'une mémorable discussion. A la suite de cette discussion, ma demande, appuyée par plusieurs sénateurs et vivement combattue par le conseiller d'État, commissaire du gouvernement, et surtout par M. Baroche lui-même, garde des Sceaux, fut repoussée malgré l'éloquent rapport de M. de Menthe, au nom de la commission sénatoriale, qui concluait en faveur du renvoi de la pétition au ministre de la justice.

J'espère, monsieur le sénateur, que vous serez plus heureux auprès du Sénat de 1884 dans le renouvellement de la demande de cette réforme.

J'ai l'honneur de vous prier de vouloir bien agréer un exemplaire de ma pétition de 1867, vous verrez que la suppression de la publicité des exécutions capitales est un vœu qui nous est commun, mais qui doit être considéré séparément sous le rapport moral et sous le rapport pénal.

En ce qui concerne au point de vue moral la suppression de

ce qu'à la suite de votre éloquente démonstration, vous appelez le scandale des exécutions publiques, c'est la même idée que j'exprimais dans l'épigraphe de ma pétition ainsi conçu : « *Au moment où la France fait de si grands sacrifices pour moraliser le peuple par l'instruction primaire, ce serait une singulière inconséquence de maintenir les exécutions publiques qui dégradent son caractère et pervertissent ses mœurs.* »

Sous le rapport moral, l'accord existe donc entre nous. Mais il n'en est pas de même sous le rapport pénal. Il y a sur la peine de mort deux écoles opposées, l'une qui en veut le maintien dans la codification pénale, l'autre qui aspire au contraire avec persistance, mais sans témérité, à son abolition, et qui s'appelle par ce motif l'opinion absolutiste. Ces deux écoles commandent des hommes d'une grande valeur dont les convictions commandent un égal respect à ceux qui ne les partagent pas. Du moment où vous appartenez à la première école et moi à la seconde, nous ne pouvons nous placer au même point de vue et concourir avec le même esprit à la suppression de la publicité des exécutions capitales. Vous verrez dans ma pétition la loyale déclaration que je considère la suppression de la publicité de l'exécution de la peine de mort comme un acheminement préparatoire à son abolition, tandis que cette mesure vous paraît une condition nécessaire à son maintien.

Entre ces deux opinions contradictoires, permettez-moi de placer sous vos yeux l'appréciation de M. Baroche, garde des Sceaux, qui s'exprimait ainsi à la séance du Sénat impérial du 29 décembre 1869 à l'occasion de la discussion sur ma pétition précitée : « M. Lucas, il ne le dissimule pas, veut et poursuit l'abolition de la peine de mort ; je ne l'en blâme pas ; sa persistance est très honorable ; mais il faut examiner en face cette opinion avant de faire bon accueil aux moyens qui, dans la pensée de l'auteur, doivent amener ce résultat. »

Puis, à l'égard des arguments invoqués à l'appui de la suppression des exécutions publiques, il ajoute : « Je maintiens que tous les arguments vont contre la peine de mort, car si l'exécution de la peine de mort est un scandale, comment qualifier une législation qui conserve cette peine ? Si la peine de mort

« a été conservée, c'est à cause de l'exemplarité, de l'effet pro-  
 « duit par l'exécution de cette peine. Quoi! la société maintien-  
 « dra le droit qu'elle a et qu'elle croit devoir conserver de  
 « frapper de mort son semblable, et elle se cachera pour exé-  
 « cuter son arrêt! Il faut qu'il y ait publicité précisément au  
 « nom même de tous les intérêts que M. le rapporteur a exposés;  
 « il faut qu'il y ait publicité pour que la loi n'ait pas l'air de se  
 « cacher lorsqu'elle fait exécuter ses arrêts; il faut qu'il y ait  
 « publicité, parce que si le malheur veut qu'un grand coupable  
 « placé dans je ne sais quelle situation, soit frappé par la justice,  
 « on ne puisse dire, comme on l'a dit quelquefois, qu'il n'y a pas  
 « eu d'exécution, qu'il y a eu substitution d'un cadavre à un  
 « autre, bien entendu. Le doute ne peut être permis.

« En définitive, il faut comparer l'avantage, l'intérêt moral,  
 « légal, qu'il y a à maintenir l'exécution publique de la peine de  
 « mort, au scandale qui quelquefois pourra se produire. »

## § II,

Vous me demanderez peut-être pourquoi, conséquent avec mes aspirations abolitionnistes, je ne réclamaï pas dans ma pétition la suppression même de la peine de mort au lieu de la publicité de son exécution. C'est que je m'honore d'avoir été plus d'un demi-siècle le persévérant, mais jamais imprudent propagateur du mouvement abolitionniste; c'est que j'ai toujours insisté sur trois conditions préalables qui s'imposaient à l'opportunité de l'abolition de la peine de mort et que ma pétition rappelait dans les termes suivants :

« Je vous prie de croire, messieurs les sénateurs, que je ne  
 « viendrais pas formuler une demande de l'abolition absolue de  
 « la peine de mort sans en apprécier toute la gravité et en écar-  
 « ter tout ce qui pourrait accuser l'esprit d'impatience et le ca-  
 « ractère de la précipitation.

« Permettez-moi, pour vous en convaincre, de placer respec-  
 « tueusement sous vos yeux les observations que j'ai, dans la  
 « séance du samedi 16 mars, présentées à l'Académie des  
 « sciences morales et politiques sur la question de la peine de  
 « mort.

« J'ai dit dans ces observations que pour procéder avec prudence et maturité, toute proposition abolitionniste devait remplir trois conditions préalables :

« D'abord, indiquer la peine nouvelle qui peut avantageusement remplacer la peine de mort;

« Ensuite, demander la révision du Code pénal, afin de réaliser dans l'échelle et la graduation des pénalités, les modifications qu'exigent la suppression de la peine de mort et l'introduction de la peine nouvelle destinée à la remplacer.

« Enfin, demander encore que cette révision du Code pénal s'inspire des principes de la réforme répressive et pénitentiaire, sans y sacrifier les besoins légitimes et les moyens efficaces de l'intimidation. »

Puisque j'ai parlé du mouvement abolitionniste, je saisis cette occasion d'indiquer le vrai sens qu'on doit y attacher et qui a été si souvent dénaturé. C'est étrangement méconnaître la portée du mouvement abolitionniste que de croire qu'il ne consiste qu'à supprimer par un décret l'échafaud et le bourreau. Il a un bien autre horizon et un autre avenir, ainsi que je l'ai indiqué en 1827 dans mon ouvrage *sur le système pénal et répressif en général et la peine de mort en particulier*, dans les publications qui l'ont suivie, et dans mes communications successives à l'Institut pendant les 48 années écoulées de 1836 jusqu'à ce jour.

Le mouvement abolitionniste, ce n'est pas la continuation de la codification pénale du XVIII<sup>e</sup> siècle basée sur les peines irréparables et les peines infâmantes qui ne doivent pas appartenir à la justice humaine, les unes parce qu'elle est une justice faillible, et les autres parce qu'elle doit être une justice pénitentiaire. En même temps que sévèrement répressive, ce n'est pas en effet par une inspiration philanthropique, mais dans l'intérêt social qu'elle cherche par l'alliance des deux principes de l'intimidation et de l'amendement du coupable une garantie préventive de la récidive. Le mouvement abolitionniste, c'est l'ère nouvelle de la philosophie spiritualiste qui n'est pas appelée à tuer le corps et à dégrader l'âme, mais à opérer la transformation de la codification pénale par l'emprisonnement préventif, répressif et péni-

tentiaire. C'est cet emprisonnement répressif et pénitentiaire qui vient, comme je l'ai dit ailleurs, substituer la privation de la liberté à celle de la vie, soit par la captivité perpétuelle, lorsque l'ordre social l'exige, pour mettre le coupable hors d'état de nuire, soit par la captivité temporaire lorsqu'on peut espérer prévenir la récidive du coupable par l'action énergique et suffisamment prolongée d'une discipline répressive et pénitentiaire.

Je dois loyalement reconnaître qu'aucun blâme de témérité ne m'a été adressé par les adversaires du mouvement abolitionniste à l'occasion de la part que j'ai prise à son développement. C'est du côté des partisans de l'opinion abolitionniste que m'est venu parfois le reproche d'en ralentir la marche progressive, par les conditions préparatoires que je conseillais comme nécessaires à la maturité de son développement. On voyait dans la difficulté de réaliser ces conditions préalables, un grave obstacle au progrès humanitaire.

Je crois que ces conditions qui avaient paru d'abord excessives et si difficilement réalisables doivent aujourd'hui être reconnues comme rationnelles et acceptées par l'application pratique dans le programme de l'ère nouvelle qu'au XIX<sup>e</sup> siècle le mouvement abolitionniste est appelé à réaliser.

Des trois conditions précitées, en effet, la première relative à la désignation de la peine destinée à remplacer la peine de mort et assez généralement acceptée, présente sous le nom de confinement cellulaire, le triple châtement de la captivité perpétuelle, de l'isolement et du remords sans la prohibition de l'occupation manuelle et intellectuelle, et sans la privation dans la limite réglementaire de la visite du directeur, du médecin, de l'aumônier et du garçon de service. Je n'inscris pas toutefois sur la porte de la cellule comme dans l'enfer du Dante : « Laissez l'espérance, vous qui entrez ici, » puisqu'il s'agit d'une justice répressive fondée sur l'alliance des deux principes de l'intimidation et de l'amendement<sup>1</sup>. Cette peine est considérée comme d'une efficacité

<sup>1</sup> Quoique adversaire persévérant du régime cellulaire pour les condamnés à long terme, il n'y a pas inconséquence de ma part, ainsi que je l'ai dit ailleurs, à en considérer l'application même à perpétuité aux coupables d'assassinat ou d'homicide prémédité. Il s'agit ici en effet d'une



équivalente à la peine de mort, et même supérieure selon mon expérience personnelle puisée dans trente années d'inspection générale des prisons.

La seconde condition relative à la transformation de la codification pénale par la suppression des peines irréparables et des peines infâmantes est déjà réalisée dans plusieurs pays et notamment dans les nouveaux Codes de la Belgique et de la Hollande et dans le projet de Code déposé le 26 novembre 1883 au parlement italien.

Enfin quant à la théorie de l'emprisonnement préventif, répressif et pénitentiaire appelée à remplacer celle des peines irréparables et des peines infâmantes, elle n'a pu sans doute en un demi-siècle arriver à sa complète élaboration. Mais l'accord s'est établi parmi les criminalistes sur un nombre suffisant de principes fondamentaux et de moyens d'application pratique pour permettre à la réforme répressive et pénitentiaire son utile avènement dans la codification pénale.

Au résumé donc, monsieur le sénateur, la suppression de la publicité des exécutions capitales est, sous le rapport moral, je le répète, notre vœu commun qu'attestent votre proposition récente au Sénat actuel et ma pétition précédente au Sénat de 1867. Mais sous le rapport pénal, je crois, avec M. Baroche, qu'on doit plutôt considérer cette suppression comme un acheminement inévitable vers l'abolition de la peine de mort qu'un argument à l'appui de son maintien.

### § III.

J'arrive maintenant à la seconde question sur laquelle j'ai à vous exposer mon opinion et à la soumettre à votre appréciation avec tout le prix que j'y attache, je veux parler de la dangereuse inefficacité de la peine de la transportation que la loi du 30 mai 1854 appelle par voie de commutation à remplacer la peine de mort.

situation exceptionnelle : je laisse à l'assassin son existence humaine parce que je ne crois pas au droit de le tuer hors du cas de légitime défense. Mais je lui ôte l'existence sociale parce qu'il s'est mis par son crime hors de la loi de sociabilité.

Lorsque le législateur du Code pénal de 1810, qui était loin de porter l'empreinte de l'esprit progressif et humanitaire, plaça la peine de mort au premier degré de son échelle pénale, c'était avec l'intention qu'elle vînt y remplir comme les autres peines, par son exécution, la condition de l'efficacité qu'il en attendait.

Le législateur avait eu grand soin de ne pas étendre au jury en pareille matière la disposition relative à l'admission des circonstances atténuantes, et la seule voie ouverte à la commutation de la condamnation capitale était, comme pour toutes les autres peines, le recours à la clémence du souverain.

Dans les premières années de la publication du Code pénal de 1810, l'exécution de la peine de mort fut donc la règle, et la commutation, l'exception. On se demande comment il se fait que l'exception soit devenue aujourd'hui la règle?

1814 fut la date du réveil en France et même en Europe des idées libérales et réformatrices, et la réforme pénale était au nombre de celles que réclamait l'esprit du temps, on vit se reproduire dans les livres des criminalistes et des publicistes les discussions qu'avait soulevées dans les siècles précédents la question de la peine de mort. Un double concours ouvert à Paris et à Genève, vint même, par un appel aux criminalistes de l'Europe, stimuler la liberté d'examen sur l'efficacité et la légitimité de cette peine.

Cette situation dut nécessairement en France et en Europe impressionner vivement l'esprit et troubler même la conscience des souverains et chefs d'État qui s'inquiétèrent de leur responsabilité et éprouvèrent à signer un arrêt de mort une aversion qui les honore. Cette aversion eut une grande influence sur le nombre croissant des commutations que l'administration de la justice criminelle vint également apporter aux condamnations à mort dans tous les États de l'Europe et par conséquent en France.

Mais un autre fait vint donner une impulsion plus considérable à l'accroissement des commutations des condamnations à mort; ce fut la disposition qui appela en 1832 le jury à se prononcer sur l'admission des circonstances atténuantes en matière d'accusations capitales. Le législateur avait entendu que le jury n'eût

à s'occuper dans ses appréciations que de la nature du crime et de la culpabilité, et non de celle de la peine ; mais le jury agissant trop fréquemment en sens opposé s'est fait de l'admission des circonstances atténuantes un moyen de commutation de la peine de mort.

Quand il s'agit des peines privatives de la liberté, le jury ne se préoccupe que de déclarer la culpabilité, et une fois qu'il l'a déclarée en son âme et conscience, la possibilité d'une erreur judiciaire ne se présente guère à son esprit rassuré d'ailleurs par la réparabilité de la peine prononcée.

Mais quand il s'agit de la peine de mort à laquelle se rattachent, outre la préoccupation de l'irréparabilité, les opinions divergentes sur l'efficacité et sur la légitimité même de son application, le jury doit nécessairement plus ou moins les refléter, et ce n'est pas seulement la question de culpabilité, mais celle de la peine elle-même qui inquiète son esprit et qui trouble sa conscience.

Au moment du tirage au sort pour la formation du jury, il y a du côté de la nature de la peine une chance de commutation pour l'accusé d'assassinat. De là en faveur d'odieux assassins ces admissions trop fréquentes de circonstances atténuantes dont l'inadmissibilité manifeste blesse le sentiment public.

C'est donc là une situation complètement anormale et intolérable au triple point de vue pénal, social et moral. Si la peine de mort évincée de l'horizon étendu qu'occupent les commutations, doit être maintenue dans la proportion si restreinte à laquelle se réduit aujourd'hui son application, on ne saurait du moins méconnaître l'impérieux besoin d'une peine d'une sévérité et d'une efficacité suffisantes pour la remplacer à l'égard notamment de ces assassins qui n'ont dû leur commutation qu'à la faveur du sort. Il faut une peine qui par son intimidation et sa rigueur donne satisfaction au sentiment public dans la sphère des commutations. Or la peine actuelle qui, dans l'échelle pénale, vient après la peine de mort, celle de la transportation à perpétuité à la Nouvelle-Calédonie, loin d'offrir pour les cas de commutation des condamnations à mort et particulièrement pour l'assassinat, les conditions générales de répression et d'intimidation que ces cas réclament, vient au contraire bouleverser l'ordre de la graduation pénale.

J'ai toujours été partisan de la suppression des bagnes, mais le système que j'ai proposé à cet égard dans un écrit publié en 1840 sous le titre : *Des moyens et des conditions d'une réforme pénitentiaire en France*, différait complètement de celui sanctionné par la loi du 30 mai 1854 sur la transportation à la Nouvelle-Calédonie des condamnés aux travaux forcés. Lorsque l'Académie des sciences morales et politiques fut appelée à discuter dans les deux séances des 29 janvier et 5 février 1853 le système de cette loi, avant qu'il eût été l'objet des délibérations du parlement, j'en signalai les graves inconvénients en prédisant que la transportation pénale allait devenir en France, pour l'imagination aventureuse des condamnés et en raison des avantages qui leur étaient offerts, ce qu'elle avait été en Angleterre, un appât à commettre le crime, au lieu d'un châtiment pour le prévenir et le réprimer. Mes prévisions ne se sont que trop justifiées.

La peine de la transportation, au lieu de l'intimidation, a inspiré une telle attraction aux malfaiteurs que ceux condamnés au troisième degré de l'échelle pénale ont commis des crimes pour obtenir le bénéfice de monter au second, et qu'il a fallu par une loi les condamner à subir dans la maison centrale les crimes que leur avaient fait commettre leurs aspirations à la transportation à la Nouvelle-Calédonie. Ce n'est donc pas cette peine de la transportation dont on a fait une prime d'encouragement au crime qui peut être appelée à remplacer la peine de mort dans la sphère des commutations dont elle est l'objet.

Tel fut, monsieur le sénateur, l'ensemble des considérations qui me déterminèrent à signaler à l'Académie des sciences morales et politiques, en mai 1877, dans un rapport verbal, la dangereuse inefficacité de la peine de la transportation appelée à servir de commutation à celle de mort.

Je crois devoir placer sous vos yeux l'extrait suivant de ce rapport qu'inséra la *Revue critique de législation*<sup>1</sup> et que reproduisirent plusieurs organes de la presse quotidienne avec une approbation sympathique au moyen par lequel je proposais de remédier à une situation aussi anormale.

« Je présenterai une observation qui m'est suggérée par un

<sup>1</sup> T. VI, p. 213 et suiv.

fait récent dont s'est émue l'opinion publique et dont je parlerai sans manquer au respect que l'on doit à l'autorité de la chose jugée. Il s'agit d'un accusé qui, après avoir été déclaré coupable de plusieurs crimes et, entre autres, d'un homicide prémédité, fut, par suite de l'admission de circonstances atténuantes, condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité.

« On n'a pu oublier que, dans une récente communication à l'Académie, j'ai constaté la tendance progressive des condamnés à préférer à la peine de la réclusion celle des travaux forcés, depuis surtout que cette dernière avait été transformée en transportation pénale à la Nouvelle-Calédonie. Ainsi, la peine à laquelle Moyaux, puisqu'il faut le nommer, a été condamné, est celle qui, contrairement à la graduation de l'échelle du Code pénal, est préférée par les condamnés à la peine inférieure de la réclusion.

« Comme je n'ai pas puisé ma persévérante conviction relative à l'abolition de la peine de mort, dans les inspirations d'un sentimentalisme philanthropique, mais dans des considérations qui tendent à ne jamais sacrifier à l'intérêt du progrès humanitaire celui de l'ordre social et de la sécurité publique et privée, je vois dans le fait précité le danger d'une situation à laquelle il est urgent de remédier. Le remède que je proposerais, jusqu'au jour où l'on pourrait reconnaître en France l'opportunité de l'abolition de la peine de mort, serait d'introduire dans le Code pénal un article qui stipulerait que l'accusé, reconnu coupable de meurtre prémédité auquel la peine de mort ne serait plus applicable, par suite de l'admission de circonstances atténuantes, subirait celle du confinement cellulaire. Il s'agirait d'élever sans retard, à Belle-Ile-en-Mer, un bâtiment approprié à cette destination, et, en attendant l'achèvement de cette construction, ce nouvel article du Code pénal recevrait son exécution dans les quartiers cellulaires des maisons centrales. »

Au lieu de la construction relative à l'établissement du confinement cellulaire que je proposais d'établir à Belle-Isle-en-Mer, on a préféré la création d'une colonie de jeunes détenus ayant pour objet de fournir des mousses à la marine. Je vous laisse juge de cette préférence, monsieur le sénateur, en face de la gravité de la situation anormale que j'avais signalée et de l'urgence d'y remédier.

## § IV.

Cette lettre est déjà bien longue et il est temps de conclure.

En ce qui concerne votre proposition relative à la suppression de la publicité des exécutions capitales, j'en désire et j'en espère avec confiance l'adoption par le Sénat qui, dans sa sollicitude éclairée, ne saurait consacrer par son vote ce qui tend à dégrader le caractère du peuple et à pervertir ses mœurs.

On connaît la récente et mémorable circulaire de M. le ministre de l'intérieur qui, judicieux interprète de la loi du 2 juillet 1850, a prohibé le sanglant spectacle des courses de taureaux. Comment pourrait-on tolérer en France la prolongation de la publicité du meurtre des hommes condamnés à mort à l'époque où sont prohibées les exhibitions du meurtre des animaux, prohibition qui, comme le dit si bien le ministre, ne s'inspire pas d'un sentimentalisme exagéré, mais d'un légitime souci de la dignité et des mœurs publiques ?

En ce qui concerne la dangereuse inefficacité de la peine de la transportation que la loi du 30 mai 1854 appelle à remplacer la peine de mort par voie de commutation, il y a urgence de pourvoir à cette situation anormale.

Quelque éloignée que puisse être la réalisation de l'espérance de l'abolition de la peine de mort en France, il n'est pas moins urgent de décréter et d'établir la peine qui doit la remplacer, afin que dans cet horizon des commutations déjà si étendu et qui s'étend chaque jour davantage encore, ce nouveau châtiment vienne y remplir les conditions désirables d'intimidation et d'efficacité. Il faut surtout qu'il puisse recevoir immédiatement son application, particulièrement à l'égard de ces assassins qui, malgré l'horreur de leurs forfaits, obtiennent le bénéfice des circonstances atténuantes et leur envoi en Calédonie pour y subir la peine de leur prédilection.

J'ajouterai dans cet ordre d'idées et de faits une considération dont vous apprécierez, je l'espère, monsieur le sénateur, l'importance et l'opportunité. Parmi les accusés en matière capitale, ceux reconnus coupables le sont avec ou sans admission de circonstances atténuantes. Dans le premier cas, a lieu de plein droit

la commutation de la peine de mort, et dans le second, la condamnation à cette peine. Telle est la première origine des commutations en matière capitale, et c'est la plus considérable.

La seconde origine provient des décisions des chefs d'Etat sur le pourvoi des condamnés qui sollicitent la commutation de la peine prononcée.

Je ne suis pas à même de donner, pour les 55 années écoulées, de 1826 à 1880, le nombre réel des commutations motivées par l'admission des circonstances atténuantes qui doit être, je le répète, le plus considérable. Mais quant aux commutations de la seconde origine, j'indique dans un tableau annexe et final pour chacune des onze périodes quinquennales, en France, de 1826 à 1880, le nombre réel des condamnations à mort, des exécutions, des commutations et le nombre proportionnel sur 100 condamnations, des exécutions et des commutations.

Il résulte de ce tableau, que pour les 11 périodes quinquennales, le total général a été, pour les condamnations à mort, de 2527; pour les exécutions, 1493; et pour les commutations, 1034. La proportion moyenne est ainsi, pour les exécutions de 59 sur 100 condamnations, et pour les commutations de 41 0/0. Pour 7 des 11 périodes indiquées au tableau annexe sous les nos 2, 6, 7, 8, 9, 10 et 11, la proportion des commutations est supérieure, et celle des exécutions inférieure à la moyenne des 11 périodes.

Ce nombre proportionnel des commutations en France ne me paraît pas différer sensiblement de ce qu'il est en Europe et autoriser des récriminations spéciales à la France.

Par suite de ces précédents et de ces traditions de l'administration de la justice criminelle, il ne serait guère possible, en France, de réagir contre l'affaiblissement de la répression, autrement qu'en imprimant un caractère spécial d'intimidation et d'efficacité à la peine appelée à remplacer par voie de commutation celle de mort; pendant la durée de son existence.

Je serais heureux, monsieur le sénateur, de vous voir partager ma conviction sur la situation anormale que j'ai constatée en 1877 et qui n'a fait que s'aggraver depuis, et sur le moyen que je proposais d'y remédier. Je reproduis la proposition de ce

moyen parce que pour le moment je n'en vois pas d'autre, mais si vous êtes une fois convaincu, comme je le suis, de la vérité de cette alarmante situation, votre sagacité pourra vous suggérer un meilleur moyen d'y pourvoir.

C'est avec le sentiment du devoir accompli que je crois devoir livrer à la publicité cette lettre dont les développements, dans l'ordre des idées et des faits, me semblent de nature à éveiller la sollicitude des pouvoirs publics qu'il appartiendrait à l'autorité de votre nom d'appeler à les prendre en sérieuse considération.

Veillez agréer, Monsieur le Sénateur, l'assurance de mes sentiments de haute considération,

Ch. LUCAS,

Membre de l'Institut.

Tableau-annexe indiquant pour chacune des onze périodes quinquennales écoulées en France de 1826 à 1880, le nombre réel des condamnations à mort, des exécutions, des commutations, et le nombre proportionnel des exécutions et des commutations.

	PÉRIODES QUINQUENNALES.	Nombre total des condamnations à mort.	Nombre total des exécutions.	Nombre total des commutations.	Proportion des exécutions sur 100 condamnations à mort.	Proportion des commutations sur 100 condamnations à mort.
1	1826 à 1830	554	360	194	65 0/0	35 0/0
2	1831 à 1835	327	154	173	47 0/0	53 0/0
3	1836 à 1840	197	147	50	75 0/0	25 0/0
4	1841 à 1845	240	178	62	74 0/0	26 0/0
5	1846 à 1850	245	160	85	65 0/0	35 0/0
6	1851 à 1855	282	158	124	56 0/0	44 0/0
7	1856 à 1860	217	120	97	55 0/0	45 0/0
8	1861 à 1865	108	63	45	58 0/0	42 0/0
9	1866 à 1870	85	46	39	54 0/0	46 0/0
10	1871 à 1875	145	74	71	51 0/0	49 0/0
11	1876 à 1880	127	33	94	26 0/0	74 0/0
	Total. . . . .	2.527	1.493	1.034		



## LA THÉORIE DES STATUTS DANS LE CODE CIVIL

Par M. Frantz DESPAGNET,

Professeur agrégé à la Faculté de droit de Bordeaux.

Je crois être l'interprète de tous ceux qui s'occupent du droit international privé, considéré au point de vue positif de notre législation civile française, en disant que le sentiment que l'on éprouve au début de cette étude est un profond découragement. Dans toute science, on trouve un ensemble de principes certains et constants, auxquels on se reporte pour trancher les difficultés que l'on rencontre et desquels on part pour entreprendre de nouvelles recherches. C'est grâce à ces règles fondamentales que les résultats obtenus par ceux qui s'occupent des mêmes études présentent cette harmonie et cette connexité sans lesquelles il n'y a pas de certitude. Dans le droit international privé, considéré non pas au point de vue spéculatif, mais comme droit positif applicable en France, nous n'avons rien de semblable. Rares sont les questions, même parmi les plus essentielles, que les auteurs ou les tribunaux résolvent de la même manière : la doctrine est confuse et la jurisprudence variable. Est-ce faute de principes ? Il en est un cependant que l'on invoque sans cesse : la distinction traditionnelle des statuts réels et personnels. S'il est d'un si faible secours, comme le prouvent les résultats obtenus, c'est que sans doute il est trop vague ou même injustifiable au point de vue rationnel. Mais cette conclusion une fois acquise, la question n'est guère avancée au point de vue pratique. Cette distinction erronée qui vicie toute la théorie n'est-elle pas imposée par le législateur, et l'interprète n'est-il pas lié par elle comme il le serait par une loi inique, mais régulière au point de vue constitutionnel ? C'est cette dernière considération qui domine dans l'esprit des juristes français et qui les fait se résigner au vague, à l'obscurité, aux contradictions de la distinction des statuts. Peut-être est-ce une illusion, mais je crois qu'il est possible de délivrer les juristes et les magistrats du joug de cette obéissance passive, en démontrant que la théorie traditionnelle, inacceptable en soi, ne leur est nullement imposée par le Code civil,

## I.

La théorie des statuts ne saurait s'expliquer que par l'évolution politique de la période barbare à la période féodale. Les barbares, pour des raisons que je n'ai pas à discuter ici, étaient dominés par un grand esprit d'individualisme ; ils furent par là amenés à respecter dans chaque justiciable son caractère personnel, partant sa nationalité, et enfin, par voie de dernière conséquence, sa loi nationale. C'était assurément une manière de procéder fort juste en soi : la loi est faite par chaque législateur en vue de ses nationaux, et eu égard aux circonstances spéciales dans lesquelles ils se trouvent ; il est donc naturel que chacun ait, en tout lieu, sa condition juridique réglemantée par l'autorité qui, mieux que toute autre, est à même de la fixer d'une manière conforme à ses intérêts et à sa situation particulière. Mais cette règle a besoin d'un tempérament. Les barbares, à peine sortis de leur condition presque nomade, ne surent pas comprendre, après leur récent établissement dans l'occident de l'Europe, que l'Etat, basé sur un territoire, doit avoir, dans toute l'étendue de ce dernier, une autorité absolue sur les points qui touchent directement à son existence. Tels sont ces principes que tout pouvoir, si rudimentaire qu'il soit, considère comme inhérents à la constitution, à l'ordre public, aux bonnes mœurs, et dont la violation compromettrait la sécurité même du peuple auquel il donne des lois.

Les barbares virent le principe et omirent l'exception : cette dernière apparut, ou plutôt remplaça le principe, sous la Féodalité. On sait comment ce régime politique eut pour conséquence la *territorialité* absolue des lois. Chaque seigneur, s'arrogeant le pouvoir souverain sur sa terre, eut ses lois et sa juridiction, comme il avait ses armées et ses impôts. La possession du sol entraînant d'ailleurs une soumission complète à l'autorité dominante le territoire où l'on était établi, on en vint logiquement à soumettre à la loi territoriale quiconque se trouvait dans un pays autre que le sien. Suivant la parole de M. Mignet : « L'homme était en quelque sorte possédé par la terre. » De plus, ces puissances territoriales, nées de la ruse ou de la violence, vivaient dans un isolement farouche et une défiance jalouse de toute im-

mixture d'une autorité étrangère sur leur domaine. De là la subordination de tous à la loi du lieu où ils invoquaient un droit et l'exclusion systématique de toute loi étrangère ; c'est ce qu'exprimait l'adage célèbre : « Toutes coutumes sont réelles. »

Mais un pareil principe ne tarda pas à entraîner des inconvénients intolérables, notamment en ce qui concerne l'état des personnes : le même individu ne pouvait raisonnablement être regardé comme mineur ou comme majeur selon la loi du pays où il se trouvait ; comme capable ici et incapable ailleurs ; les réalistes les plus outrés, par exemple d'Argentré, étaient forcés d'en convenir. Une réaction devait inévitablement se révéler ; elle eut son origine à l'école des glossateurs de Bologne. Barthole établit le premier la distinction des statuts personnels et des statuts réels, les uns produisant leur effet en tout lieu, les autres restreints dans leur application au territoire où ils avaient été promulgués ou acceptés. Transportée en France par nos jurisconsultes qui allaient étudier à l'école de Bologne, la nouvelle théorie y fut développée, pendant les XVI<sup>e</sup>, XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, par des juristes tels que d'Argentré, Dumoulin, Boullenois, Froland et le président Bouhier. Placée en face de l'ancienne règle féodale, la distinction des statuts servit à atténuer son extrême rigueur, en faisant une place plus ou moins large à la personnalité à côté de la réalité absolue.

Mais ce qu'il faut remarquer ici, pour juger le mérite de la théorie des statuts, sous la forme de laquelle se manifesta cette réaction contre les vieilles idées, c'est que les jurisconsultes statutaires durent prendre pour point de départ un principe opposé à celui des barbares : la territorialité au lieu de la personnalité. Tandis que les peuples germaniques omettaient de limiter la véritable règle par une restriction nécessaire, les statutaires cherchaient à corriger le principe trop absolu de la territorialité, qui auraient dû former l'exception, par une dérogation plus ou moins étendue, la personnalité, qu'ils auraient dû regarder comme le vrai principe. Le point de départ était faux, les conséquences ne pouvaient être qu'erronées. Mais on ne peut exiger des hommes qu'ils aient d'autres idées que celles de leur temps. La féodalité avait poussé de trop profondes racines dans notre pays pour que

l'on pût s'affranchir ainsi des idées juridiques qu'elle avait fait naître. En France, ce n'est même qu'au XVI<sup>e</sup> siècle, lorsque, sous les coups de Louis XI, la féodalité a été vaincue au point de vue politique, que la personnalité des lois commence à être affirmée comme exception assez large par Dumoulin. Au XVII<sup>e</sup> siècle un violent retour en arrière est tenté par les réalistes belges et hollandais, mais, au XVIII<sup>e</sup>, l'école française reprend la tradition du XVI<sup>e</sup> siècle et cherche encore à étendre la personnalité. Toutefois le défaut originaire subsistait toujours; il fallait que la Révolution effaçât jusqu'aux traces de l'ancien état de choses pour que l'idée d'une France absolument une, de la nation en un mot, se fit jour; pour que la loi universelle du peuple fût promulguée; pour que l'on comprît enfin que la loi nationale doit suivre en tout lieu ceux pour qui elle a été faite, sauf à se voir écarter, sur le sol étranger, quand elle est contraire aux principes d'ordre public et de bonnes mœurs qui y sont consacrés.

Si maintenant, examinant la théorie des statuts au point de vue pratique, nous voulons rechercher la valeur du critérium adopté pas les statutaires pour déterminer le champ d'application de leur règle, la territorialité des lois, et de son exception, la personnalité, il nous sera facile de voir qu'elle n'était rien moins que satisfaisante. Si une théorie doit se juger par ses résultats, celle des statuts est aussitôt condamnée par le vague, l'indécision, les contradictions innombrables que l'on rencontre dans les écrits de ceux qui ont cherché à l'appliquer.

L'entente était d'ailleurs impossible: vouloir ranger toutes les dispositions législatives en deux catégories, statut réel et statut personnel, suivant qu'elles visent les biens ou les personnes, était une entreprise chimérique que ne pouvait rendre réalisable l'invention des statuts mixtes. En effet, il est rare que le législateur ne parle pas tout à la fois des biens et des personnes; or songer, en pareil cas, à déterminer la nature du statut d'après son objet principal, suivant qu'il vise spécialement les personnes ou les biens, c'est entrer fatalement dans une série d'affirmations arbitraires et contradictoires, chacun étant libre d'apprécier comme il le veut, à ce point de vue, l'intention du législateur. On comprend assurément alors l'invocation que Froland adresse aux muses

au début de ses Mémoires sur les Statuts, car il s'agit là d'une question d'inspiration. De plus, la loi s'occupe-t-elle jamais des biens autrement qu'au point de vue des droits que les personnes peuvent avoir sur eux, par conséquent la personne ne fait-elle pas toujours l'objet principal des statuts prétendus réels qui, par le fait, deviennent personnels? Cette observation suffit à elle seule pour ruiner la théorie des statuts, nos vieux jurisconsultes en faisaient eux-mêmes l'aveu<sup>4</sup>. On peut remarquer aussi qu'il y a des rapports de droit tellement complexes, qui présentent des points de contact avec tant de législations diverses, qu'il est impossible, avec la simple distinction des statuts, de trancher le conflit de lois auquel ils donnent lieu. Il faudrait, si l'on suivait nos vieux statutaires dans des cas semblables, faire prédominer l'idée de la loi personnelle ou territoriale, et négliger nombre d'éléments du rapport de droit en question qui réclament peut-être l'application de lois différentes. Et d'ailleurs, que de matières échappent à la distinction classique, parce que le législateur n'y traite pas plus directement des biens que des personnes, comme par exemple les formes des actes juridiques et l'interprétation des contrats!

Mais ce qu'il faut particulièrement noter, c'est que les statutaires se trouvaient nécessairement placés en face d'un dilemme dont les deux conclusions détruisent également leur théorie. Partant du principe de la réalité, ils n'avaient pour justifier l'exception de la personnalité, qu'une considération de nécessité pratique, et, pour expliquer la dérogation à la souveraineté territoriale absolue de la loi, ils recouraient à l'idée de concession amiable, à la *Comitas gentium* : or on sait ce que vaut, au point de vue moral et pratique, cette théorie qui n'est autre que celle de l'intérêt donné pour base du droit. Si, en sens inverse, ils étaient allés jusqu'à faire prédominer l'idée de personnalité, ils n'auraient pu justifier cette manière de voir qu'en considérant les lois édictées en vue des personnes, suivant par conséquent celles-ci en tout lieu : ce qui aurait réduit la réalité aux seuls cas où l'ordre public du pays ne peut se concilier avec l'application

<sup>4</sup> Renusson, de la Garde, ch. VI.

de la loi personnelle de l'étranger, et la théorie des statuts à ne plus être qu'un vain mot.

## II.

Malgré son peu de valeur théorique et pratique, la distinction développée par nos anciens statutaires mérite cependant d'être étudiée, et souvent dans leurs œuvres mêmes. Dans bien des cas, en effet, la remarquable finesse d'analyse de ces subtils juristes leur a fait discerner le vrai caractère des rapports de droit, et leur a indiqué quelle était la législation qui devait plutôt qu'une autre les régir : or c'est là tout l'objet du droit international privé<sup>1</sup>. De plus, la terminologie ancienne a subsisté, et c'est d'une manière constante que l'on emploie encore les expressions statut réel et statut personnel. Est-ce à dire cependant qu'il faut entendre ces mots dans le même sens qu'autrefois ? S'il en est ainsi, la théorie des statuts vit encore avec tous ses défauts essentiels, et le rôle du jurisconsulte se borne, en droit international privé, à rééditer les fastidieuses controverses de ses devanciers d'avant la Révolution ; on peut seulement se livrer à une critique qui déterminera peut-être le législateur à réglementer ces matières d'une façon plus conforme aux principes de la science moderne.

La question ne fait aucun doute pour les anglo-américains : leur *common law* n'est que la tradition des règles juridiques de la féodalité, et les statutaires, spécialement les réalistes, en sont encore les vrais commentateurs.

En France, on considère très généralement, presque unanimement même, que la vieille théorie a été consacrée par l'opposition si directe entre les lois des biens et celles des personnes que l'on trouve dans les §§ 2 et 3 de l'art. 3 du Code civil. S'il était besoin de s'éclairer encore sur l'intention du législateur, ajoute-t-on, on n'aurait qu'à consulter les travaux préparatoires. Portalis disait à ce propos : « On a toujours distingué les lois qui sont relatives à l'état et à la capacité des personnes d'avec celles qui règlent la disposition des biens ; » le tribun Faure : « L'article 3 contient les principales bases d'une matière connue dans

<sup>1</sup> Savigny, *Système du droit romain*, t. VIII, p. 123.

le droit sous le titre de statuts personnels et de statuts réels. » Le tribun Grenier déclarait que l'art. 3 contenait les principes enseignés par tous les publicistes <sup>1</sup>.

Si la question est ainsi tranchée, elle a une importance énorme, non seulement au point de vue du droit français, cela va sans dire, mais encore des nombreuses législations qui nous ont emprunté l'art. 3 d'une manière plus ou moins complète.

Quelque téméraire que cela puisse paraître, je ne crois pas qu'il soit impossible de renier la tradition surannée qu'on veut nous imposer, et, malgré l'art. 3 du Code civil, de fournir des solutions beaucoup plus raisonnables, en même temps que conformes au courant des idées modernes, sur les conflits de lois privées. Tout d'abord, les rédacteurs de l'art. 3 se seraient positivement référés à la théorie des statuts, que rien n'obligerait le commentateur à adopter, en matière de conflits de lois, telle solution plutôt que telle autre. Quelle serait en effet cette théorie des statuts confirmée par le législateur ? Celle de Dumoulin, de Jean Voët, de Boullenois ou de Froland ? Dans l'ancien droit, c'était le cas on jamais de dire : *Tot capita tot sensus*. Prétendra-t-on que c'est la théorie telle qu'elle était généralement admise à la veille de la rédaction du Code, que l'on s'est proposé de rendre légale dans l'art. 3 ? A cela je répondrai que, indépendamment du désaccord complet qui existait encore au XVIII<sup>e</sup> siècle entre les statutaires, on voit à cette époque le plus célèbre d'entre eux, Bouhier, à l'exemple de J. Voët, nier jusqu'au fondement même de la distinction des statuts ; il ne les discernait plus que d'après le critérium empirique de leur application effective au dehors ou dans les limites du territoire : si, en fait, le statut s'appliquait hors du territoire il était personnel, sinon il était réel <sup>2</sup> !

Ce ne serait donc qu'à une théorie purement doctrinale et par suite nullement obligatoire, puisque certains la reniaient déjà sous l'ancien droit, que l'art. 3 ferait allusion. Je dis : « ferait allusion », car le législateur ne s'est pas expliqué catégorique-

<sup>1</sup> Loqué, *Législation française*, t. I, p. 580 et suiv., nos 12 à 16 ; p. 612, n<sup>o</sup> 8 ; p. 600, n<sup>o</sup> 9.

<sup>2</sup> Observations sur la coutume de Bourgogne, ch. XXIII, nos 58 et 59.

ment sur le détail des règles à observer en cas de conflits de lois ; sans quoi on n'aurait évidemment qu'à s'incliner.

En fait, la lecture de l'art. 3 ne nous apprend que trois règles obligatoires : 1° soumission de tous aux lois de police et de sûreté ; 2° règlement des droits sur les immeubles par la loi française, quelle que soit la nationalité du propriétaire ; 3° fixation de l'état et de la capacité du Français par sa loi nationale, en quelque lieu qu'il se trouve. Portalis et Grenier déclarant, le premier qu'on a toujours distingué le droit des biens de celui des personnes, le second que l'art. 3 contient des principes enseignés par tous les publicistes, ne nous apprennent rien sur la consécration de la théorie des statuts d'une manière complète par le Code civil. Or, faut-il voir toute cette théorie dans ces trois règles ? Si l'on avait voulu la reproduire en entier, n'aurait-on pas été plus explicite, notamment en ce qui concerne les meubles que l'on soumettait jadis d'une manière générale à la loi du domicile du propriétaire ? Les mots « statut personnel et statut réel », universellement employés, n'auraient-ils pas figuré dans l'article 3 ? Le moins qu'on pût faire pour une théorie que l'on adoptait était de la désigner sous son nom.

Cette observation est d'autant plus importante, que c'est grâce à ce vague de l'art. 3 que ceux qui voient dans ce texte la consécration de la distinction traditionnelle des statuts sont aujourd'hui les premiers à la violer. Autrefois, toutes les dispositions légales entraient forcément dans l'une ou l'autre des deux catégories, statut personnel ou réel, dût-on torturer celles qui étaient rebelles pour les mettre à la mesure de ce nouveau lit de Procuste. Les statuts mixtes, imaginés pour sauver quelques-unes de ces dernières, ne furent même pas maintenus. Or, actuellement, ceux qui se considèrent comme liés par la tradition en vertu de l'article 3 reconnaissent que des règles nombreuses échappent à la distinction classique : par exemple, celles qui concernent les formes des actes et l'interprétation des conventions<sup>1</sup>. On n'est pas plus fidèle aux principes allégués quand on substitue la loi nationale à la loi du domicile pour régir les meubles ; ou même quand on distingue absolument entre les

<sup>1</sup> Aubry et Rau, t. I, p. 82, note 8, 4<sup>e</sup> édition.



meubles considérés comme universalité ou individuellement, les assujettissant dans le premier cas à la loi nationale du propriétaire, et, dans le second, à la loi de leur situation matérielle : les statutaires n'appliquaient cette dernière législation que lorsque l'ordre public était intéressé<sup>1</sup>.

La conclusion qui découle des observations précédentes, c'est qu'il ne faut voir dans l'article 3 que ce que son texte nous dit catégoriquement, qu'il faut se borner à appliquer les trois règles qu'il contient en les prenant dans leur sens strict et sans y chercher le résumé énigmatique d'une ancienne théorie. Procéder ainsi, c'est se conformer aux préceptes d'une sage interprétation qui, dans le doute, nous commandent de donner à la loi un sens raisonnable, conforme à l'intérêt des parties et aux données du progrès : or, je crois avoir amplement démontré que la théorie des statuts est loin de remplir ces conditions. Enfin, et c'est là le but final de cette controverse, je pense qu'en agissant ainsi on est en harmonie complète avec l'intention du législateur. En présence du chaos effroyable de contradictions et de discussions, souvent mesquines, auxquelles avait donné lieu la distinction des statuts, on comprend que les rédacteurs du Code civil aient reculé devant la tâche ingrate de concilier les premières et de mettre fin aux secondes. Ils se bornèrent donc à établir trois principes universellement admis et qui leur parurent suffisants pour régler les points essentiels de la matière. C'est ainsi peut-être que s'explique le soin avec lequel ils ont évité les expressions : « statut réel et statut personnel » dont le simple énoncé eut réveillé les controverses qu'ils ne voulaient point trancher. Ils étaient d'autant mieux portés à agir ainsi, que les difficultés examinées par les statutaires s'étaient présentées à propos des conflits des coutumes, et que l'unité nouvelle de la loi française pouvait faire croire que ces questions n'auraient plus la même importance pratique. Les relations internationales n'étaient pas d'ailleurs suffisamment développées à cette époque, la guerre, en outre, y mettait trop d'obstacles, pour que l'on songeât à régler d'une manière précise les conflits de lois de différents pays que

<sup>1</sup> Aubry et Rau, t. 1, p. 102, notes 52 et 55 ; Demolombe, I, p. 103, n° 94.

l'on ne prévoyait que d'une manière confuse. Il est même remarquable que, dans l'article 3, on n'envisage qu'un point de vue de la question, le point de vue français : il n'y est question des étrangers que pour sauvegarder l'ordre public et l'organisation économique de la France, en les assujettissant aux lois de police et de sûreté et aux règles de la propriété immobilière. A propos de l'état et de la capacité, le § 3 ne parle que des Français : il eût été cependant bien naturel d'accorder aux étrangers l'application réciproque de leur loi nationale sur le même point ; il a fallu que la doctrine comblât à cet égard la lacune de la loi. N'est-ce pas là un signe de ces temps de guerre et d'hostilité contre l'étranger, où le conflit international de lois privées n'apparaissait que comme une hypothèse fort rare que le législateur ne pensait guère à régler en détail ?

### III.

Prenons donc l'art. 3 tel qu'il se présente à nous dans la simplicité de sa rédaction. Mettant de côté, pour le moment, les lois de police et de sûreté dont il est question dans le § 1<sup>er</sup>, nous voyons que le § 2 assujettit la propriété immobilière située en France à la loi territoriale, que le § 3 détermine l'état et la capacité du Français d'après sa loi nationale qui le suit en tout pays. On remarquera la substitution de la loi nationale à celle du domicile pour régler l'état et la capacité, substitution imposée par l'unité de la législation française, en vertu de laquelle le conflit ne peut plus se présenter qu'entre lois d'États différents et non plus entre coutumes diverses relevant d'une même souveraineté nationale ; le critérium déterminant de la loi du Français est donc désormais sa nationalité et non son domicile sur le territoire régi par telle coutume. Mais, à part cette différence, les deux règles rapportées sont bien deux de celles qu'admettaient jadis les statutaires, et les plus importantes assurément. En ce sens peut s'expliquer ce que disait le tribun Faure : « L'article 3 contient les *principales* bases d'une matière connue dans le droit sous le titre de statuts réels et de statuts personnels. »

Peut-on, pour cela, faire revivre aujourd'hui les expressions

statuts réels et personnels? Peut-être, mais avec un tout autre sens que jadis.

Que l'on appelle statut personnel l'ensemble des règles déterminant l'état et la capacité des personnes, je n'y contredis pas; je reconnais même volontiers que l'expression est juste, car elle désigne bien la condition juridique de l'individu, intimement attachée à lui et le suivant partout. Mais on n'est plus autorisé à placer sous cette dénomination une foule de choses étrangères à l'objet de l'art. 3, § 3, et à la personne elle-même, par exemple: la transmission des meubles par succession, les formes des actes, les contrats, ainsi que le faisaient nos anciens jurisconsultes. Ce n'est que par abus de langage, et pour faire entrer dans l'une des deux catégories classiques toutes les règles de la loi, que l'on en était arrivé jadis à regarder comme synonymes les statuts personnels et les dispositions législatives qui s'appliquent en dehors du territoire où elles ont été promulguées ou acceptées. Si les premiers rentrent dans les seconds, sauf les restrictions d'ordre public et de bonnes mœurs, la réciproque n'est assurément pas vraie. En réalité il n'y a de personnel que ce qui tient à l'état ou à la capacité des personnes, comme les relations de famille, la majorité, l'interdiction, l'émancipation, etc... Je considérerai donc comme formant seul le statut personnel l'ensemble des règles qui déterminent la condition juridique des personnes.

L'expression « statut réel » ne me semble pas au contraire très bien choisie pour correspondre au § 2 de l'art. 3. Entendue littéralement, elle signifie le droit des choses en général (*res*): or le texte ne nous parle que des immeubles. Il est vrai que l'on rencontre souvent dans le langage juridique, particulièrement dans celui des anciens auteurs, une confusion entre les deux qualificatifs « réel et immobilier », les immeubles étant autrefois, (et encore semble-t-il lors de la rédaction du Code civil), les choses par excellence. Mais, même en acceptant ce sens peu exact, je ne saurais accepter l'expression statut réel elle-même entendue dans le sens qu'on lui donnait jadis. Pour les statutaires en effet, tout ce qui, de près ou de loin, concerne les immeubles est un statut réel, c'est-à-dire, en langage pratique, est exclusivement régi par la loi de la situation de ces biens.

La jurisprudence et les auteurs français appliquent encore le même principe : on déclare les immeubles régis, à tous les points de vue, par la loi de leur situation, et les meubles par celle du domicile de leur propriétaire. Toutefois, même pour les meubles, on admet l'application de la loi de leur situation matérielle quand on les considère individuellement et non comme universalité, par exemple en ce qui concerne leur saisie, leur prescription, (art. 2279), leur transmission (art. 1690), etc.... Quelques-uns aussi, considérant que le statut personnel est fixé aujourd'hui par la loi nationale et non plus par celle du domicile, en vertu de l'art. 3, § 3, soumettent les meubles, en tant qu'universalité, à la loi nationale de leur propriétaire <sup>1</sup>. La même théorie domine dans la plupart des législations modernes. En Angleterre et aux Etats-Unis, l'application de la *lex rei sitæ* est absolue pour les immeubles; on l'impose même pour l'accomplissement des formalités des actes relatifs aux immeubles, contrairement à l'adage : *Locus regit actum*. Ainsi le *Statute of frauds* exigeant un écrit pour la constatation des actes qui ont des immeubles pour objet, un acte fait en pays étranger en la forme orale, conformément à la loi de ce pays, sera sans effet sur les biens situés en Angleterre et aux Etats-Unis. Cette règle rigoureuse est appliquée même dans les rapports des différents Etats de l'Union américaine et entre l'Angleterre et l'Ecosse <sup>2</sup>. Sans aller aussi loin en ce qui concerne la forme des actes, nombre d'autres lois adoptent encore le statut réel dans le sens si large que lui donnaient les anciens jurisconsultes : le Code prussien soumet tous les immeubles à la loi territoriale (Introduction, § 35); de même le Code autrichien (§ 300); enfin on trouve le pendant de notre article 3, § 2, dans les Codes de la Hollande, art. 7; de Vaud, art. 2; de Berne, art. 4; de Fribourg, art. 1; de la Louisiane, art. 9; le Code bavarois est encore plus radical, il soumet à la *lex rei sitæ*, en matière réelle et mixte, tous les biens meubles ou immeubles corporels ou incorporels (3<sup>e</sup> partie, ch. 2, § 17) <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Aubry et Rau, t. I, p. 100 à 104; Laurent, *Droit civil international*, t. II, p. 319, n<sup>o</sup> 173; Renault, *Journal de droit international privé*, 1876, p. 343.

<sup>2</sup> Lawrence, *Commentaire de Wheaton*, t. III, p. 73 et 74.

<sup>3</sup> V. Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 120, n<sup>o</sup> 59.

Cette façon si large d'entendre le statut réel qui renfermerait toutes les dispositions législatives ayant trait aux immeubles, directement ou indirectement, ne saurait plus se justifier à notre époque. Elle dérivait jadis de la féodalité ; dans ce système politique, tout dépend du sol. En raison de la chaîne de vassalité qui reliait tout détenteur de la terre à son suzerain, il fallait se conformer aux règles de l'investiture féodale de la propriété foncière : or la transmission, la jouissance de la terre, sous quelque forme qu'elles apparaissent, se rattachaient à cette investiture. L'organisation politique, l'ordre public comme nous disons aujourd'hui, commandait donc qu'on se soumit à la loi territoriale pour tout ce qui est relatif aux immeubles, même pour leur transmission héréditaire, l'usufruit légal ou l'hypothèque des incapables. L'homme a-t-on dit avec raison, était alors un accessoire du sol. De là cette conséquence que toute loi était réelle en principe, et que le statut personnel était une exception ne s'appliquant qu'aux rapports juridiques absolument étrangers aux immeubles <sup>1</sup>.

Aujourd'hui la féodalité n'existe plus, la terre n'est point l'élément essentiel de l'organisation sociale. Au contraire, les lois, désormais nationales, sont faites *intuitu personæ* et doivent suivre en tous lieux l'individu pour qui elles ont été promulguées. Le statut personnel, ou, pour parler plus exactement, la loi extraterritoriale est la règle ; il n'y a d'exception que pour les points touchant à l'ordre public de chaque pays dont il faut respecter la souveraineté.

Toutefois l'art. 3, § 2, en assujettissant sans restriction les immeubles situés en France à la loi française, paraît bien justifier l'opinion dominante d'après laquelle, à notre époque, comme autrefois, toutes les règles de droit concernant les immeubles dépendent de la loi territoriale. Cette manière de voir ne me paraîtrait exacte que si les rédacteurs du Code civil avaient voulu reproduire, dans la synthèse d'une formule, l'ancienne théorie des statuts ; mais je crois avoir démontré qu'il n'en est pas ainsi. Que l'on sépare l'art. 3, § 2 de la chaîne des traditions et qu'on le considère en lui-même, comme un principe sinon nouveau, du moins formulé seul et à part pour une situation nouvelle, on

<sup>1</sup> Fœlix, t. I, p. 117, n° 57.

verra alors que cette règle : « Les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française, » ne signifie qu'une chose : c'est que la condition juridique des biens immobiliers situés en France, l'organisation de la propriété foncière si l'on veut, dépend de la loi française. Quand le législateur parle des immeubles, sans autre précision, il vise sans nul doute ces biens considérés en eux-mêmes et on ne saurait, sans fausser sa pensée, étendre les règles qu'il édicte à tous les cas où des immeubles peuvent faire l'objet d'un droit, comme les successions immobilières, l'usufruit légal ou l'hypothèque légale. Cette extension serait aussi peu justifiée que celle que l'on ferait en appliquant à l'interprétation des contrats, où des personnes sont en jeu, l'art. 3, § 3 qui règle l'état et la capacité des personnes d'après leur loi nationale. C'est donc par l'objectif direct d'une disposition législative que doit se limiter son champ d'application ; or, pour reprendre les exemples ci-dessus, les immeubles ne sont à considérer qu'indirectement et comme objet des droits en question, dans les successions, l'usufruit des parents, l'hypothèque des mineurs, des interdits et des femmes mariées. Ce sont les droits successoraux eux-mêmes, ceux qui découlent de la puissance paternelle, du mariage, de la tutelle ou du jugement d'interdiction qui, dans ces différents cas, sont la matière même à régler par l'application de telle ou telle loi : or, pour eux, l'art. 3, § 2 est absolument muet.

Entendu ainsi dans son sens vrai et strict, l'article 3, § 2 vise donc uniquement l'organisation de la propriété foncière que l'on peut résumer dans les trois points suivants : 1<sup>o</sup> classification des biens, détermination de ceux qui sont meubles ou immeubles, dans le commerce ou hors du commerce ; 2<sup>o</sup> indication des droits réels que l'on peut établir sur les biens et de leur étendue, propriété, servitudes, usufruit, hypothèque, etc. ; 3<sup>o</sup> conditions de la transmission de la propriété ou de ses démembrements entre les parties ou à l'égard des tiers, transcription, inscription..... Avec cette portée, notre texte s'explique très bien à la suite du § 1<sup>er</sup> de l'art. 3 dont il ne forme qu'une application importante. Il est aisé de démontrer en effet que les trois points signalés plus haut rentrent directement dans les lois de police et de sûreté, ou,

si l'on veut, dans l'ordre public, en tant qu'ils intéressent l'ordre économique du pays. A ce titre seul le principe de la souveraineté territoriale les place sous l'empire de la loi du lieu où les immeubles sont situés. C'est de la même manière qu'il faut interpréter l'art. 7, § 2, du Code civil italien de 1866 dont la disposition est identique à notre art. 3, § 2. On ne saurait y voir en effet une reproduction du statut réel si large des anciens auteurs, puisque les successions, même immobilières, sont formellement régies en Italie par la loi nationale du défunt (art. 8 du Code civil italien). C'est du reste en se plaçant à ce point de vue de la souveraineté, appelée par lui bien improprement domaine éminent, que Portalis justifiait la disposition de l'art. 3, § 2 : « Les mots domaine éminent, disait-il, n'expriment que le droit qu'a la puissance publique de régler la disposition des biens par les lois civiles, de lever sur ces biens des impôts proportionnés aux besoins publics, et de disposer de ces mêmes biens pour quelque objet d'utilité publique, en indemnisant les particuliers qui les possèdent <sup>1</sup>. » De ces applications de la souveraineté au droit des biens immobiliers il n'en est pas une qui ne rentre dans le cadre étroit de l'ordre public. Une seule pourrait prêter à discussion sur le point de savoir si l'on n'a pas voulu ressusciter l'ancien statut réel dans le sens si large qu'on lui donnait autrefois, c'est celle qui est indiquée par ces mots : « la disposition des biens. » Mais, dira-t-on, cela peut désigner toutes les règles relatives à la transmission des immeubles, par exemple celles des successions. Je considère une pareille interprétation comme inadmissible, car elle conduirait beaucoup trop loin : à ce compte, en effet, il faudrait regarder comme exclusivement régi par la loi territoriale tout ce qui a trait à la disposition des biens immobiliers, même la faculté de les aliéner ; or, l'art. 3, § 3 déclare positivement que la capacité des Français est déterminée à tous égards par leur loi nationale, et l'on est unanime pour admettre la même règle en ce qui concerne les étrangers. Les mots « disposition des biens », placés à côté d'autres qui rappellent la législation des impôts et de l'expropriation pour cause d'utilité publique, doivent être expliqués par ces derniers : ils visent, comme

<sup>1</sup> Loqué, *Législation*, t. 1, p. 581-582.

eux, une matière relevant exclusivement de la souveraineté territoriale, c'est-à-dire le mode de transmission des droits réels entre les parties et à l'égard des tiers, comme par exemple la transcription et l'inscription qui ont un rapport étroit avec l'ordre économique.

En se plaçant à ce même point de vue de l'ordre public, on s'est efforcé de justifier l'application absolue de la loi territoriale pour tout ce qui concerne les immeubles, surtout pour les successions qui sont assurément la matière où la question que je discute présente le plus grand intérêt. L'Etat, a-t-on dit, a sa base matérielle dans le territoire, il est donc impossible qu'il accepte, sans compromettre sa souveraineté, une autre loi que la sienne pour les immeubles situés sur ce territoire. Dans les successions, en particulier, il est facile d'établir que l'organisation politique et économique du pays est directement intéressée : une nation aristocratique admet le droit d'ainesse, un peuple démocratique comme le nôtre exige l'égalité des partages. On voit même les changements politiques d'un pays se refléter à des époques très voisines dans les lois relatives aux successions ; que l'on compare, par exemple, la loi du 17 nivôse de l'an II et la loi du 17 mai 1826 sur les substitutions. Il est donc impossible qu'un État accepte, sur le territoire où sa souveraineté est assise, l'application d'une loi étrangère dans des questions qui ont un lien si étroit avec son organisation essentielle<sup>1</sup>.

Je ne vois dans cette façon de raisonner qu'une grande exagération, ou plutôt une fausse notion de l'ordre public. Sans doute le droit des successions subit l'influence directe de l'état politique, social et économique : mais cela est plus ou moins vrai aussi de tout le droit civil, spécialement de l'organisation de la famille, de l'état et de la capacité des personnes, du régime de droit commun des époux, etc... Va-t-on pour cela imposer à tous ces points de vue l'application de la loi française aux étrangers ? Personne assurément n'y songe. Je dirai donc que si le législateur règle d'une certaine façon la dévolution successorale, au sens large du mot, c'est uniquement en vue des nationaux, parce qu'ils appartiennent à un pays où tels principes

<sup>1</sup> Aubry et Rau, t. I, § 31, note 45 et les autorités qui y sont citées.



politiques ou sociaux sont admis. Notre Code, par exemple, veut faire respecter l'égalité des partages entre Français, mais peut-il avoir la prétention de l'imposer à des Anglais de race aristocratique qui réclameraient le droit d'aînesse suivant leur loi nationale? Evidemment non, car ils échappent à la compétence de notre législateur. Mais l'ordre public sera violé en France, dirait-on? Pas le moins du monde, car on ne saurait sérieusement soutenir, aujourd'hui que le système politique et social ne repose plus sur les relations entre propriétaires fonciers, comme cela avait lieu sous la féodalité, que le bon ordre sera compromis dans notre pays parce qu'on aura attribué les immeubles dépendants d'une succession à tel héritier plutôt qu'à tel autre. Il faut, pour appliquer *a priori* la loi territoriale et exclure systématiquement la loi étrangère, qu'un intérêt collectif de la nation puisse se trouver compromis par l'application de cette dernière; or, en ce qui concerne les biens, cet intérêt qui est d'ordre économique ne peut se manifester qu'aux trois points de vue que j'ai déjà signalés : 1° la classification des biens, distinction des meubles et immeubles, des biens *in commercio* ou *extra-commercium*; 2° détermination des droits réels admis par la loi et de leur étendue; 3° transfert des droits entre les parties ou à l'égard des tiers. Voilà seulement ce qui concerne l'organisation de la propriété, ce qui seul peut avoir un rapport avec le crédit public et l'ordre économique. Sur ces trois points la loi étrangère est incompétente; elle ferait toujours échec à la souveraineté territoriale, puisqu'il est impossible de distinguer le cas où les biens appartiennent à des nationaux ou à des étrangers : l'intérêt économique collectif serait toujours lésé. Mais à tous autres égards il n'y a que des intérêts particuliers en jeu, par exemple dans les successions pour lesquelles le principe d'égalité des partages n'a été établi qu'en vue des Français, pour chaque famille française en particulier : impossible par conséquent de parler d'ordre public qui, par définition, est celui qui a trait au pays tout entier.

Je n'ai pas à insister sur les inconvénients et les difficultés parfois inextricables auxquels donne lieu l'application de lois différentes pour régler une même succession dont les biens se trouvent sur divers territoires; je n'ai pas davantage à rappeler que

l'hérédité, formant une ensemble parfaitement un, *universitas*, doit être placée sous l'empire d'une loi unique, et que cette loi doit être celle du pays auquel appartenait le défunt parce que c'est à elle qu'il s'est vraisemblablement référé pour régler la transmission de ses biens à défaut de testament de sa part : ce serait entrer dans l'examen d'une question spéciale de droit international privé, et mon but, beaucoup plus général, est de démontrer que l'ancienne théorie des statuts ne nous est pas légalement imposée. Je crois utile, cependant, de réfuter un argument de texte que l'on a invoqué pour démontrer que la transmission héréditaire des biens est exclusivement régie par la loi de la situation des immeubles, et duquel on pourrait induire qu'aujourd'hui, comme jadis, le statut réel embrasse toutes les dispositions législatives ayant un rapport quelconque avec les biens immobiliers. Le traité franco-autrichien du 11 décembre 1866 <sup>1</sup> contient, dans son art. 2, al. 1, une disposition ainsi conçue : « La succession aux immeubles sera régie par les lois du pays où les biens seront situés... » Cette règle est reproduite dans le traité franco-russe du 1<sup>er</sup> avril 1874 art. 10, al. 1. Il est évident, dit-on, que pour notre législateur l'art. 3, § 2 impose cette même règle, car on n'aurait pas inséré cette disposition, moins avantageuse que l'application de la loi nationale du défunt, dans une convention internationale où l'on se propose toujours de régler les questions au mieux des intérêts de chaque peuple. Il y a dans ces traités, dit-on, une interprétation légale de l'art. 3, § 2, qu'il faut considérer comme reproduisant l'ancienne notion du statut réel et assujettissant à la loi territoriale toutes les matières ayant un rapport quelconque avec les immeubles. Mais, comme l'a déjà observé le regretté M. Dubois <sup>2</sup>, cela ne prouve qu'une chose : c'est que les auteurs des conventions précitées, s'inspirant de la doctrine et de la jurisprudence générales, ont cru reproduire dans les accords internationaux qu'ils concluaient le véritable sens de l'art. 3 du Code civil. Comme d'ailleurs, en agissant ainsi, ils n'ont fait qu'une application particulière de

<sup>1</sup> Renouvelé le 18 février 1884. — V. aussi traité franco-serbe du 18 juin 1883, art 8.

<sup>2</sup> *Journal de Droit international privé*, 1875, p. 52.

leur manière de voir et non une interprétation légale de l'art. 3 qu'ils n'ont même pas visé, il faut en conclure que les deux traités ci-dessus ne lient nullement l'interprète dans l'explication de l'art. 3. Tout ce qu'on peut admettre c'est que, en acceptant le sens que je donne à l'art. 3, § 2; il faudra cependant maintenir la règle contraire dans les rapports avec l'Autriche et la Russie.

En s'en tenant aux trois points que j'ai déjà signalés plusieurs fois comme rentrant seuls dans le statut réel, il est évident que la distinction faite par les statutaires entre les immeubles et les meubles n'a plus sa raison d'être : les seconds comme les premiers seront régis par la loi de leur situation effective pour tout ce qui tient à l'organisation de la propriété, car l'intérêt économique est en jeu dans un cas aussi bien que dans l'autre. On voit par là combien est illogique l'opinion d'après laquelle la succession des immeubles dépend de la loi territoriale, et celle des meubles de la loi du domicile ou nationale du défunt.

L'égalité des partages, par exemple, ne sera-t-elle pas aussi bien compromise en France par l'application du droit d'aînesse à une grosse succession de rentes sur l'État qu'à un mince héritage immobilier? Aussi un jurisconsulte, dont l'opinion est du reste demeurée isolée, a-t-il écrit que la loi territoriale s'appliquait seule aux successions ouvertes en France, soit pour les meubles, soit pour les immeubles<sup>1</sup>. La vérité est qu'il ne s'agit plus, comme autrefois, de sauvegarder les principes féodaux ou leurs conséquences en évitant l'application d'une loi étrangère relative aux immeubles, et de laisser régir les meubles par la loi personnelle de leur propriétaire : la seule règle est de conserver l'ordre public du pays sous toutes ses formes, notamment au point de vue économique. C'est à cette idée qu'obéissent, sans l'avouer, la plupart des auteurs, quand ils décident que les meubles considérés individuellement sont placés sous l'empire de la loi de leur situation effective, par exemple dans les cas prévus par les articles 2074, 2076, 2149, 2279, 1441, 1690, 1691, 2075 du Code civil et en ce qui concerne la procédure de la saisie mobilière. Mais comment justifier rationnellement cette distinction entre les meubles envisagés individuellement et comme universalité? Tout

<sup>1</sup> Marcadé, t. I, n° 78.

ce que l'on peut dire, et alors on rentre dans la manière de voir que j'indique, c'est que presque toujours, sinon toujours, l'ordre public est intéressé quand il s'agit des biens mobiliers pris individuellement, particulièrement dans les hypothèses prévues par les articles cités plus haut.

On pourrait être tenté de critiquer l'interprétation que je donne de l'art. 3, § 2, en faisant observer que, si le législateur avait voulu faire une application du principe que les lois d'ordre public obligent tous ceux qui habitent le territoire, il l'aurait exprimée pour les meubles aussi bien que pour les immeubles, puisque, de mon propre aveu, la situation est identique dans les deux cas. A cela il est facile de répondre que les rédacteurs du Code civil étaient placés dans un milieu économique tel que toutes leurs préoccupations se portaient naturellement sur les immeubles : on sait combien sont fréquentes dans notre Code ces omissions provoquées par l'influence de la vieille maxime : « *Res mobilis res vilis.* » Il est vrai que j'ai argumenté de ce silence de la loi pour en conclure qu'elle ne reproduit pas la théorie des statuts où la question de la condition des meubles tenait une si large place : mais qu'on veuille bien se rappeler qu'à chaque instant les statutaires se préoccupaient des meubles dans leurs écrits, que leurs controverses avaient été vives sur bien des points à ce propos, et l'on verra que l'oubli du législateur, compréhensible dans l'interprétation que je donne de l'article 3, § 2, ne saurait être excusé si l'on avait voulu consacrer les anciens principes.

#### IV.

La conclusion de cette controverse, que l'on voudra bien ne pas trouver trop longue en songeant qu'elle a pour objet d'établir la vraie base du droit international privé dans notre législation civile française, c'est que la théorie des statuts n'est plus qu'un souvenir du passé. Aujourd'hui, on ne saurait plus désigner par statut personnel que l'ensemble des règles qui déterminent la condition juridique des personnes, et par statut réel l'ensemble de celles qui fixent la condition juridique des biens, meubles ou immeubles. Toute autre matière, étrangère à ces deux points de vue, doit rester en dehors de la distinction. Il faut aussi se gar-

der de voir une synonymie absolue entre les mots statut personnel et loi extraterritoriale, statut réel et loi territoriale : nombre d'autres dispositions législatives en effet sont susceptibles d'avoir une application au-delà des frontières ou d'être limitées dans leurs effets au territoire où elles ont été promulguées.

Sans donc s'attacher à une prétendue règle *à priori*, il faut déterminer la loi applicable à tel rapport de droit par l'examen de la nature de ce rapport, en s'inspirant des principes de la raison ou des règles admises de droit. Par ce moyen seulement on peut arriver à réaliser ce que de Savigny appelait la communauté de droit, et qui n'est autre chose que la manière uniforme de comprendre les rapports juridiques d'après les données de la raison universelle. Certes, la tâche du jurisconsulte n'est pas facilitée, l'examen qu'on lui demande est presque toujours fort délicat ; mais du moins on évite les solutions contradictoires inspirées par un principe vague et arbitraire comme la distinction des statuts, car il y a lieu de penser que les inspirations de la raison et du droit seront partout écoutées. Le desideratum suprême est enfin que ces principes rationnels pour la solution des conflits de lois privées soient formulés et rendus obligatoires par les traités, tous les jours plus complets et plus nombreux ; alors le jurisconsulte n'aura qu'à appliquer la loi conventionnelle des peuples, comme il applique, dans chaque État, la loi souveraine.

FRANTZ DESPAGNET.

---

## BIBLIOGRAPHIE

---

### CODE PÉNAL DES PAYS-BAS (3 mars 1881),

Traduit et annoté par W. J. WINTGENS <sup>1</sup>

Compte-rendu par M. Albert ARNAL, avocat à la Cour d'appel.

La collection des principaux Codes étrangers, commencée par l'État il y a environ trois ans, vient de s'enrichir d'une nouvelle traduction, celle du Code pénal des Pays-Bas, voté et promulgué au mois de mars 1881, mais qui n'est pas encore mis en vigueur.

<sup>1</sup> 1 vol. in-8, 1883, Imp. nationale, F. Pichon, éditeur, 24, rue Soufflot.

Due, comme les publications qui l'ont précédée; à la collaboration de la Société de législation comparée, cette traduction rencontrera certainement l'excellent accueil qui a été fait à ses aînées<sup>1</sup>. On peut regretter la parcimonie que M. Wintgens a apportée dans ses notes et commentaires, mais le sujet lui-même est assez intéressant et fertile en controverses, offre un champ assez vaste aux discussions des légistes, des criminalistes et des philosophes pour que le livre n'ait pas à redouter le pire des malheurs pour un livre, l'indifférence du public ou le silence de la critique.

Les Hollandais étaient régis depuis le 1<sup>er</sup> mars 1811 par le Code pénal français; mais ils lui avaient fait subir depuis 1813 de nombreuses modifications successives qu'accompagnait toujours la promesse d'un Code pénal nouveau.

En 1870 cette promesse reçut un commencement de réalisation; quelques jours après le décret qui abolissait la peine de mort, un autre paraissait, nommant une commission chargée de la rédaction d'un nouveau Code pénal.

Enfin, le 3 mars 1881, ce nouveau Code voté par les deux Chambres reçut la sanction du roi, sa mise en vigueur devant être déterminée par une loi ultérieure qui est encore à venir.

Cette longue préparation de plus de dix années décèle bien l'ardeur persévérante qu'ont apportée les jurisconsultes hollandais à rechercher et à introduire dans leurs lois des innovations, des perfectionnements aux lois pénales connues et particulièrement à notre Code qu'ils avaient longtemps pratiqué. Ces dispositions nouvelles sont curieuses à étudier, car dans la pensée de leurs rédacteurs elles doivent marquer sur nos lois autant de progrès dont l'appréciation est dès à présent intéressante, en attendant que l'expérience vienne en démontrer la valeur.

Tout d'abord, et à un point de vue général, le Code pénal des Pays-Bas diffère essentiellement du nôtre par la classification; les infractions à la loi constituent des *délits* ou des *contraven-*

<sup>1</sup> Code d'instruction criminelle autrichien de 1883 traduit et annoté par MM. Edmond Bertrand et Ch. Lyon-Caen, 1 vol. in-8.

Code de commerce allemand et loi allemande sur le change traduits et annotés par MM. Paul Gide, Ch. Lyon-Caen, J. Flach et J. Dietz, 1881.

tions, la distinction entre les délits et les crimes disparaît. Il en est de même pour les peines : les peines infamantes sont supprimées. La peine de mort avait été abolie par une loi du 17 septembre 1870 ; le nouveau Code pénal n'édicte plus que trois peines, l'*emprisonnement*, la *détention* et l'*amende*. Ainsi l'*emprisonnement* qui, à la vérité, devra être cellulaire, est la peine la plus sévère ; il peut être prononcé pour vingt ans ou à perpétuité : c'est la peine qui frappe le récidive. Quant à la *détention*, c'est l'*emprisonnement* simple, sa durée *maxima* est d'un an, elle peut, à raison de récidive ou de pluralité des délits, être portée à un an et quatre mois (art. 18). Le condamné à la *détention* s'occupe du travail qui lui convient mieux et peut disposer librement du produit (art. 20), mais il est obligé de travailler.

L'*emprisonnement* cellulaire, qui remplace ainsi par comparaison avec nos pénalités, la peine de mort, les travaux forcés et la réclusion, est encore susceptible d'une atténuation qui constitue une des curieuses innovations de la loi Hollandaise. Le condamné au bout de trois ans au moins, s'il a passé en prison les trois quarts de la durée de sa peine, peut obtenir sa liberté sous condition (art. 15). Les arrêtés de mise en liberté sous condition sont pris par le chef du ministère de la justice comme ceux qui les révoqueraient ensuite, mais en tous cas le procureur du roi et même le chef de la police communale peuvent ordonner l'arrestation du libéré. Une innovation non moins grave et qui s'écarte absolument des principes de notre droit pénal, c'est la distinction qu'établit le Code Hollandais entre le délit et la tentative : La tentative n'est pas punissable à l'égal du délit lui-même. *Le maximum des peines principales fixées pour un délit est diminué d'un tiers pour la tentative* (art. 54) La loi Hollandaise a enregistré d'avance la réduction de peine dont notre Code laisse au jury et au juge la faculté de faire bénéficier le criminel, dont les coupables intentions ont été arrêtées par un fait indépendant de sa volonté. Mais le jury et le juge se détermineront chez nous selon les circonstances ; la loi Hollandaise sans examen, en principe, octroie au coupable le bénéfice de l'inachèvement involontaire de son crime.

Nous ne voulons pas chercher à prévoir auquel des deux sys-

tèmes l'expérience viendra donner raison, mais nous estimons que cette dernière innovation du Code pénal hollandais est éminemment critiquable.

Enfin, et ce sera quant aux principes généraux la dernière différence que nous relèverons, la loi hollandaise est muette sur les circonstances atténuantes, et tandis qu'elle édicte le maximum de la peine, ne fixe pas de minimum ne mettant ainsi aucune limite à la clémence du juge.

Si nous entrons dans l'examen particulier des délits, de leur qualification et de leur répression, nous trouvons des différences avec notre loi pénale trop nombreuses pour pouvoir prétendre à les signaler toutes ; à peine pouvons-nous dans le cadre restreint de cette notice en noter quelques-unes, mais hâtons-nous de le dire, si nous rencontrons un parti-pris de clémence, un abaissement de pénalité parfois peu justifié, nous voyons d'autre part apparaître des délits nouveaux affirmant une volonté honnête et ferme, une protection résolue de la moralité et malgré qu'il puisse paraître de ce que nous avons précédemment exposé, un profond et sincère respect de la vie humaine.

Nous avons dit en commençant que la peine la plus sévère, édictée par le nouveau Code des Pays-Bas, était l'emprisonnement cellulaire à perpétuité ou pour vingt ans ; elle est prononcée contre le régicide, contre l'assassinat avec intention et préméditation sans que la loi mentionne spécialement l'empoisonnement, ni le parricide. S'il ne s'en commet point dans les Pays-Bas, nous en félicitons sincèrement les Hollandais. Mais nous craignons que cette omission ait été amenée par l'embarras où auraient été mis, grâce à leur extrême indulgence, les rédacteurs du Code et leur hésitation bien explicable au moment de formuler un article condamnant à quinze ans ou vingt ans d'emprisonnement, celui qui ôte la vie à ses parents avec intention, pourvu que ce délit n'ait pas été accompagné ou précédé d'un autre acte punissable (V. art. 287 et 288). Dans le même ordre de critique, nous citerons les art. 290 et 291 qui édictent des peines de six ans et de neuf ans d'emprisonnement *maximum* contre l'infanticide qui, nous le reconnaissons, se trouve chez nous protégé devant le jury par la sévérité même excessive de notre Code ; et nous arrivons aux



témoignages de respect qu'entendent professer les législateurs hollandais pour la vie humaine. Dans ce but ils ont édicté un emprisonnement de douze ans au plus contre celui qui ôte la vie à un autre pour satisfaire au désir exprès et sincère de celui-ci (art. 293).

Ils n'ont pas hésité à atteindre aussi celui qui, avec intention, excite un autre au suicide, l'aide à le commettre ou lui en procure les moyens et à punir d'un emprisonnement de trois ans au plus ce délit, dont la preuve à la vérité sera souvent bien difficile (art. 294).

Enfin c'est ce même respect de la vie humaine, le souci de la protéger augmenté sans doute d'une très louable émulation qui ont inspiré aux juristes hollandais de trancher la question si souvent débattue et toujours non résolue chez nous du duel.

C'est l'objet du titre VI, livre II du Code hollandais qui se compose de cinq articles, et voilà la loi sur le duel édictée; les Hollandais, on le voit, ne sont ni verbeux ni complexes. Le duel constitue un délit spécial; la conséquence qui dérive immédiatement de ce principe est telle qu'on pouvait la présumer: les témoins pas plus que les combattants ne seront exposés, comme chez nous, à se voir appliquer les dispositions relatives au meurtre, à l'homicide, ou aux coups et blessures, mais seront au contraire soumis à des pénalités et des dispositions spéciales, à moins cependant que les conditions du duel n'aient pas été réglées d'avance ou qu'elles n'aient pas été strictement observées, auquel cas le législateur hollandais considérant sans doute qu'il n'y a plus à proprement parler *duel*, destitue les combattants du bénéfice de cette législation spéciale et peu sévère, pour les replacer sous le régime des prescriptions pénales ordinaires qui leur sont appliquées en France et que nous indiquions plus haut. Quant aux témoins ils ne sont pas, même dans ce cas, considérés comme complices, mais frappés de peines qui peuvent aller jusqu'à trois ans d'emprisonnement, et même au-delà s'il arrivait qu'ils fussent convaincus de fraude *au détriment de la personne tuée ou blessée* (art. 156).

Lorsque le duel est correct au contraire, les témoins ne sont pas punis (art. 156) mais les combattants le sont toujours, même s'il n'est résulté de la rencontre ni mort ni blessure.

*Celui qui ne fait pas de blessures à son adversaire est puni d'un emprisonnement de six mois au plus, celui qui l'a blessé, d'un an, et si la blessure est grave, l'emprisonnement peut s'élever jusqu'à trois ans. Enfin celui qui tue son adversaire est puni d'un emprisonnement de six ans au plus, ou s'il y a eu duel à mort, d'un emprisonnement de douze ans au plus. (art. 154),*

Cette loi n'eût été ni complète, ni logique, si punissant le duel, elle avait négligé de réprimer la provocation. Les Hollandais n'ont pas à se reprocher cette omission : L'art. 152 punit d'un emprisonnement de six mois au plus *celui qui excite quelqu'un à faire une provocation, ou à accepter une provocation, s'il s'ensuit un duel; et celui qui transmet une provocation, avec intention, s'il s'ensuit un duel.* Bien plus, l'effort des législateurs hollandais pour déraciner la coutume du duel ne s'est pas arrêté là, et l'art. 153 punit d'un emprisonnement de quatre mois au plus ou d'une amende de trois cents florins au plus *celui qui, en public ou en présence d'une tierce personne, fait des reproches à quelqu'un ou l'expose à la raillerie pour ne pas avoir provoqué en duel ou pour avoir refusé une provocation.* Pour ne comprendre que cinq articles on voit que cette loi sur le duel offre peu de lacunes.

Au demeurant, dans cette innovation, comme dans toutes celles que contient le nouveau Code des Pays-Bas, s'il y a place pour la critique, on ne peut méconnaître à l'actif des rédacteurs le mérite de l'initiative. Profitant des études et dissertations philosophiques dont les lois pénales font si naturellement l'attachant objet depuis le commencement du siècle, ils se sont efforcés de formuler les revendications les plus accréditées, les progrès les plus réclamés des criminalistes et de l'opinion publique. Aux critiques ils peuvent répondre qu'ils ont su donner l'exemple des réformes, que grâce à eux la porte est ouverte aux expériences; qu'à d'autres il est loisible de faire plus et mieux. Les progrès à venir ne diminueront en rien la valeur de ceux que les rédacteurs du Code pénal des Pays-Bas ont pu enregistrer au profit du droit criminel.

ALBERT ARNAL.

---

*L'Editeur-Gérant : F. PICHON.*

---

Paris. — Imp. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, et 24, rue Soufflot.

## EXAMEN DOCTRINAL

## JURISPRUDENCE CIVILE

(Année 1883-1884).

Par M. PAUL PONT.

ARCHITECTE. — RESPONSABILITÉ. — PRESCRIPTION. — DÉLAI. — C. de cass. ch. réunies, 2 août 1882. Dall., 83. 1. 5; S. 83. 1. 5.

La Cour de cassation a eu à statuer, toutes chambres réunies, sur l'une des questions importantes qu'ont soulevé les art. 1792 et 2270 du Code civil, qui fixent à dix ans la durée de la responsabilité ou de la garantie dont sont tenus l'architecte et les entrepreneurs à raison des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés. Nous voulons parler de la question de savoir quelle est la portée de ces articles, et spécialement s'ils doivent être pris comme comprenant à la fois et la garantie due par le constructeur et l'action du propriétaire en indemnité en cas de sinistre, de telle façon qu'elles soient, l'une et l'autre, éteintes par un seul et même délai. La question soumise à la Cour de cassation pour la première fois en 1879, y avait été résolue négativement par un arrêt de la chambre civile qui décidait, contrairement à la jurisprudence constante de la Cour de Paris et par cassation d'un arrêt de cette Cour, que le délai de dix ans à partir de la réception des travaux est indiqué par la loi comme durée de la garantie, et nullement de l'action en indemnité, laquelle est sujette à une autre prescription, qui ne pouvant atteindre l'action avant qu'elle soit née, a son point de départ, non plus à la réception des travaux, mais seulement au jour de la manifestation des vices de construction.

L'arrêt de cassation, en date du 5 août 1879 (Dall. 80. 1. 17; S. 79. 1. 405), a été ici même (T. 9, année 1880, p. 65 et suiv.) l'objet d'un examen doctrinal dans lequel M. Bancelin s'est attaché à défendre la jurisprudence de la Cour de Paris, qui finalement a prévalu devant la Cour de cassation elle-même. Car, saisie à nouveau de la question sur le pourvoi dirigé contre

l'arrêt rendu dans la même affaire par la Cour de renvoi (Amiens, 16 mars 1880), la Cour suprême, toutes chambres réunies, a jugé, le 2 août 1882, sur les conclusions conformes de son Procureur général, M. Barbier, que l'action en garantie se prescrit comme la garantie elle-même, par le laps de dix ans à compter de la réception des travaux. « Attendu porte l'arrêt, que de la « combinaison des art. 1792 et 2270 C. civ., il résulte que le « législateur a voulu comprendre, dans un délai unique de dix « ans à partir de la réception des ouvrages, la responsabilité que « l'art. 1792 établit à la charge des architectes et entrepreneurs « et l'action en garantie que cet article accorde au propriétaire « de l'édifice qui, dans ce délai, a péri en tout ou en partie par « le vice de construction et même par le vice du sol, de telle « sorte qu'après dix ans l'architecte et les entrepreneurs sont « dégagés de toute garantie tant pour le passé que pour l'a- « venir; d'où il suit qu'en déclarant, à ce point de vue, non « recevable la demande en garantie formée plus de dix ans après « la réception des travaux, pour des vices de construction qui « se seraient manifestés durant ce délai, l'arrêt attaqué, loin de « violer les articles précités, en a fait une juste application. »

Il est ainsi décidé, et, peut-on dire, définitivement jugé que le législateur réunissant et associant deux points essentiellement différents — la responsabilité du constructeur, c'est-à-dire l'obligation de garantie, et le droit du propriétaire en cas de sinistre, c'est-à-dire la créance d'indemnité — les a réglés l'un et l'autre par les mêmes dispositions, en sorte qu'en limitant à dix ans la durée de la garantie dont le constructeur est tenu, il a du même coup limité la durée de l'action en indemnité à exercer, le cas échéant, par le propriétaire.

La Cour suprême, pour le décider ainsi, ne s'est en aucune façon autorisée de notre ancien droit, qui pourtant tient une large place dans la remarquable discussion dont l'arrêt a été précédé. Si la Cour ne s'y est pas référée même par allusion, il est permis de penser que c'est parce qu'en réalité les enseignements du passé ne sont d'aucun secours pour la solution du problème. Sans doute on peut dire, et on a dit avec raison que les rédacteurs du Code civil, en fixant à dix ans le temps d'épreuve après

lequel les architectes et entrepreneurs sont dégagés de toute responsabilité relativement aux gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés, ont suivi l'ancienne pratique du Châtelet qui, en effet, limitait à dix ans le temps de la garantie ; le maintien de cette ancienne pratique a été affirmé en termes exprès par Bigot Préame-neu dans l'Exposé des motifs du titre de la *Prescription* (Loché, T. XVI, p. 580). Mais ce qu'on peut dire aussi, d'un autre côté, c'est qu'il n'y a, dans notre ancien droit, rien qui touche à la controverse que l'arrêt des chambres réunies vient de trancher. Ce qui est en question dans cette controverse, c'est le point de départ et la durée de l'action en indemnité, quand la perte totale ou partielle de l'édifice a lieu *avant* l'extinction de l'obligation de garantie. Or, le cas n'a été ni discuté, ni même prévu, par nos anciens auteurs. Et en effet, pour ne parler que de Brodeau, puisque, en définitive, il est, parmi tous ceux dont l'opinion a été reproduite et minutieusement analysée, le seul que, soit devant la Cour, soit dans la doctrine, on retienne comme ayant fourni des indications claires et précises, comme ayant mis les points sur les i, dit M. Bancelin, voici les termes dans lesquels il s'exprime : « Comme l'action des massons, charpentiers et « autres ouvriers se prescrit par un an, à compter du jour du « bâtiment et ouvrage parachevé, aussi l'action que le bourgeois « a contre eux pour les vices et malfaçons tombe dans la pres- « cription. Elle est de quinze ans pour les gros murs par la dis- « position de droit en la loi 8, C. *De op. publ.* ... La pratique « du Châtelet est de dix ans pour les murs et gros ouvrages... « après lequel temps l'on n'est plus recevable, et il n'y a plus de « recours ni de garantie, parce qu'il se peut faire que la ruine « arrive plutôt par la vieillesse et caducité du vieil bâtiment, « que par la faute de celui qui y a travaillé. » Mais qu'est-ce à dire? Et n'est-il pas clair que le fait de la ruine du vieil bâtiment survenant *après* le temps de la garantie est seul ici en pré- vision? C'est de toute évidence; et le motif même sur lequel l'affirmation est appuyée ne permet pas de s'y tromper. Il est vrai de dire et Brodeau dit exactement que l'action du propriétaire tombe dans la prescription et qu'il n'y a plus de recours ni de garantie, étant donné la perte totale ou partielle du bâtiment

après le temps de la garantie, parce que l'obligation du constructeur étant déjà prescrite ou éteinte quand le sinistre s'est produit, le propriétaire est nécessairement non recevable à exercer un recours, une action en indemnité qui n'est pas née et n'a pas pu naître à son profit. On ne l'aurait pas pu dire, et assurément ni le Châtelet, ni Brodeau, ni aucun autre ne l'aurait dit, pour le cas de ruine arrivant *pendant* que le constructeur est encore responsable, c'est-à-dire *avant* l'expiration du temps de garantie, puisque manifestement alors l'obligation de garantie reste encore entière à la charge du constructeur, et qu'avec elle subsiste le droit éventuel du propriétaire à exercer le recours. Or, c'est précisément à propos de ce cas, non prévu dans notre ancien droit, que s'est élevée la controverse qui s'agite aujourd'hui sur le point de savoir si le recours, incontestablement ouvert au propriétaire en ce cas, va tomber dans la prescription en même temps que la garantie dont le constructeur est tenu. Cette controverse est de date récente. *Elle était inconnue de nos anciens auteurs*, dit M. Labbé dans ses notes sur l'arrêt des chambres réunies dont il approuve et défend la solution (S. 83. 1. 5). Elle n'était pas née avant le Code civil. C'est pourquoi la Cour suprême s'est placée avec raison en présence de notre loi actuelle et n'a voulu demander qu'à elle la solution d'un problème qui jusqu'à elle n'avait pas été proposé.

Mais, sans vouloir reprendre et discuter en détail ce problème qui, après le remarquable débat et l'arrêt solennel intervenu à la suite, semble définitivement résolu, qu'il nous soit au moins permis de dire que pour justifier la solution qu'elle consacre, la Cour suprême a dû, en interprétant la loi, ajouter quelque peu à son texte. Elle affirme qu'il résulte de la combinaison des articles 1792 et 2270, que le législateur a voulu comprendre dans un délai unique de dix ans « la responsabilité que l'art. 1792 établit à la charge des architectes et entrepreneurs et *l'action que cet article accorde au propriétaire de l'édifice.* » Or ce n'est pas en ces termes que le législateur a parlé. Et il faut reconnaître que s'il avait mentionné dans l'article 1792 l'action du propriétaire et dans l'art. 2270 la garantie due par le constructeur, pour les renfermer l'une et l'autre dans le délai de dix

ans, que fixe chacun de ces articles, tout serait tranché et il n'y aurait pas eu prétexte à la controverse. Mais telles ne sont pas les dispositions de la loi : «... les architectes et entrepreneurs sont responsables pendant dix ans », dit l'art. 1792; « après dix ans, dit de son côté l'art. 2270, l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés. » Ainsi, dans le premier, il est parlé non pas de l'action du propriétaire, mais uniquement de la responsabilité du constructeur, et dans le second, il est question de la garantie de l'architecte et des entrepreneurs. C'est donc seulement l'obligation du constructeur que l'un et l'autre paraissent avoir en vue, et alors tout ce qu'on peut induire de ces deux textes pris dans leurs termes, de ces deux formules qui, dit justement M. Labbé, se valent et ont le même sens, c'est que, si un sinistre vient à se produire après le temps d'épreuve, c'est-à-dire après dix ans, l'action en responsabilité ne peut pas naître au profit du propriétaire, parce que l'architecte et les entrepreneurs ont cessé d'être responsables puisqu'ils n'étaient responsables que pendant dix années. Mais si cette action en responsabilité prend naissance par suite d'un sinistre survenu au cours des dix années, quelle en sera la durée? C'est là une autre question, dont ni l'art. 1792 ni l'art. 2270 ramenés à leur texte exact ne semblent s'être préoccupés. Sans doute, ils sont tous deux édictés en faveur des architectes et entrepreneurs. Mais l'unique faveur qu'ils leur accordent, c'est de limiter à une durée de dix ans une responsabilité qui, au point de vue du droit du propriétaire, devrait être indéfinie et engager le constructeur à quelque époque que le sinistre vînt à se produire, s'il était prouvé, d'ailleurs, que c'est par sa faute que le sinistre est survenu. Et rien dans le texte ne donne à penser qu'à cette faveur le législateur a voulu en ajouter une autre, celle de limiter aussi, quant à la durée, l'action en indemnité qui, au cours du délai de garantie, viendrait à naître pour le propriétaire. Il était juste et nécessaire, sans doute, de protéger l'architecte et l'entrepreneur contre le danger des responsabilités indéfinies. Mais il y a le droit du propriétaire qui, non moins que celui du constructeur, est digne de la protection de la loi. Même dans le système qui avait d'abord prévalu devant la chambre

civile de la Cour de cassation, l'exercice en serait difficile, puisque comme demandeur en indemnité, ce serait à lui, quoi qu'en ait dit Marcadé, qu'incomberait la charge de faire une preuve dont il lui serait presque impossible de réunir les éléments. Dans le système consacré par l'arrêt des chambres réunies, qui déclare l'action prescrite en même temps que la garantie, le droit du propriétaire est ou peut être complètement sacrifié, puisqu'il peut arriver que le fait susceptible de donner naissance à l'action se produise à un moment si voisin de l'extinction de la garantie que le propriétaire ne puisse pas se mettre en mesure de l'exercer.

Ceci est la grave objection contre le système des chambres réunies. On le reconnaît; et comme il n'y a pas de réponse, les défenseurs, assez rares, d'ailleurs, de ce système se résignent. « Eh bien, soit! dit M. Labbé. L'architecte n'ayant pas été actionné en temps utile ne sera pas responsable... Est-ce une injustice? Non. C'est une diminution de garantie... » Et cette résignation est d'autant plus facile à l'éminent professeur qu'après tout et en définitive, il estime que même législativement, ce qu'il y a de mieux est la jurisprudence des chambres réunies. — D'autres penseront au contraire, et nous sommes de ceux-là, qu'il y aurait plus d'équité et un plus juste souci des intérêts en présence dans une loi qui, distinguant entre la durée de la garantie et le délai de la prescription de l'action en indemnité, disposerait ainsi de manière à laisser toujours au propriétaire atteint par un sinistre dû peut-être à la faute du constructeur, un temps suffisant pour qu'il pût user de son droit. C'est dans ce sentiment de justice qu'a statué le Code civil italien promulgué à Florence le 25 juin 1865 pour devenir exécutoire dans toute l'Italie à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1866. Dans une première disposition où sont réunis nos art. 1792 et 2270 pris comme s'appliquant uniquement au délai de la garantie, l'art. 1639 de ce Code exprime que « si dans le cours de dix années à partir du jour où a été achevée la construction d'un bâtiment ou d'un autre ouvrage considérable, l'un ou l'autre tombe en ruine en tout ou en partie, ou présente un évident danger de ruine par défaut de construction ou par vice du sol, l'architecte et l'entrepreneur en sont responsables »; et par une seconde disposition, le même article ajoute : « L'action



en indemnité doit être intentée dans les deux ans du jour où s'est réalisé l'un des cas sus-énoncés. » Quoi qu'on dise, il est impossible de méconnaître le double avantage d'une telle disposition. D'une part, elle donne aux droits du propriétaire la juste protection qui lui est due, et en outre elle substitue pour l'action en indemnité un délai fixe, certain et le même dans tous les cas, au délai qui, étant donnée la jurisprudence des chambres réunies, sera tantôt de plusieurs années, tantôt de quelques mois, de quelques semaines, de quelques jours. D'une autre part, en soumettant cette action à une prescription de courte durée elle corrige ce qu'il pourrait y avoir d'excessif dans le système qui, étant donnée la jurisprudence de la chambre civile, laisserait la prescription de cette action sous la règle de droit commun d'après laquelle toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par un délai de trente ans, lequel pourrait même, à la faveur des causes suspensives de la prescription, être prolongé beaucoup au delà.

Quoi qu'il en soit, en l'absence d'une telle disposition dans nos lois, l'arrêt du 2 août 1882 s'impose aux tribunaux avec toute l'autorité qui s'attache aux décisions émanées des chambres réunies de la Cour suprême. Et si le débat peut, selon l'expression de M. Bancelin « continuer innocemment à l'École et dans les livres », il semble bien qu'il est définitivement vidé sur le terrain de la jurisprudence.

SOCIÉTÉ CIVILE. — DETTES SOCIALES. — ASSOCIÉS. — OBLIGATION PERSONNELLE. — DÉROGATION. — STATUTS. — C. de cass., ch. des req., 21 février 1883, Dall., 83. 1. 217.

La répartition des pertes, dans les sociétés civiles, et l'obligation des associés au paiement des dettes sociales sont soumises à des règles simples et nettement précisées. Les dispositions de la loi à cet égard ont néanmoins soulevé des questions dont l'intérêt pratique est attesté par le nombre même des arrêts qui ont eu récemment à les résoudre. Il n'est pas hors de propos de s'y arrêter.

Dans les rapports des associés entre eux, c'est-à-dire quand il s'agit uniquement de la répartition des pertes et par conséquent de la *contribution* de chacun aux dettes sociales, la règle

est posée dans l'article 1853 du Code civil, aux termes duquel « lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou dans les pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société. » Ainsi, à défaut de conventions spéciales entre les parties intéressées, chaque associé *supporte* dans la dette sociale *une part proportionnelle* à sa mise.

Autre est la règle en ce qui concerne *l'obligation* de chacun au paiement de la dette. Sur ce point, qui touche aux rapports des associés avec les tiers, le principe est que la dette sociale est divisible et non solidaire. C'est le premier mot de la loi dans les dispositions qui ont trait aux engagements des associés à l'égard des tiers : « Dans les sociétés autres que celles de commerce, porte en effet l'article 1862 du Code civil, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales. » Aussi le législateur appliquant les principes généraux qui régissent les obligations divisibles, ajoute aussitôt par l'article 1863 que « les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, *chacun pour une somme et part égales*, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part. » Ainsi la loi s'écarte ici de la règle de la proportionnalité établie par l'article 1853 eu égard à la *contribution* aux dettes ; ce que le créancier doit et peut demander à chaque associé, ce n'est pas une part proportionnelle à la mise, *c'est une part virile*, et cela quand même le pacte social attribuerait aux associés des parts différentes et inégales.

Mais cette règle est-elle obligatoire et tellement de l'essence de la société civile que les associés n'y puissent pas déroger, et par exemple stipuler utilement vis-à-vis des tiers, soit qu'ils seront dégagés de toute obligation personnelle, soit qu'ils ne pourront être poursuivis que dans la mesure de leur part dans la société ?

La Cour de cassation a été saisie de la question par un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Paris en date du 12 mars 1881. Il s'agissait dans l'espèce du prix d'un bail consenti aux membres d'une société civile, laquelle alléguant qu'elle avait été

trompée sur la valeur de la chose louée, se refusait, par ce motif, à l'exécution des engagements mis à sa charge par le contrat. Actionnés en paiement avec la société, les associés avaient soutenu et fait juger, en première instance, que le bailleur n'avait que la société pour débitrice, que quant à eux ils avaient entendu n'être pas personnellement obligés et que l'action était dès lors non recevable à leur égard. Sur l'appel par lui porté devant la Cour de Paris, le bailleur invoquait l'article 1863 du Code civil, dont les dispositions, disait-il, sont de l'essence de la société civile, tout comme celles de l'article 22 du Code de commerce par rapport aux sociétés commerciales en nom collectif; d'où il concluait que de même que les membres d'une société collective ne pourraient certainement pas se soustraire par leur seule volonté à la solidarité édictée par l'article 22 du Code de commerce, de même les membres d'une société civile ne doivent pas pouvoir s'affranchir de l'obligation ou de la responsabilité personnelle que leur impose l'article 1863 du Code civil.

L'appel n'en a pas moins été déclaré mal fondé, par ce motif, a dit la Cour de Paris, « qu'il était constant en fait et démontré par le texte même du contrat de bail *que les bailleurs n'avaient entendu traiter qu'avec la société seule et n'avoir qu'elle pour obligée*; que les dispositions de l'article 1863 ne sont applicables qu'en principe général, mais qu'il est loisible aux parties d'y déroger; et que, dans l'espèce, *la dérogation résultait clairement du texte et de l'esprit des conventions intervenues entre elles*, en sorte que la responsabilité individuelle des associés n'était aucunement engagée. »

Le pourvoi formé contre cet arrêt relevait, comme moyen unique de cassation, la violation de l'art. 1863 du Code civil, en ce que l'arrêt attaqué avait refusé de prononcer la responsabilité personnelle des membres d'une société civile, sous prétexte que les parties avaient écarté cette responsabilité, alors que, d'une part, une telle dérogation serait contraire aux principes mêmes de la société civile, et que, d'autre part, la Cour d'appel n'avait pu la rencontrer dans l'acte de bail sans créer arbitrairement une disposition étrangère à la convention des parties.

Le pourvoi a été rejeté par la chambre des requêtes dont l'ar-

rét, en date du 21 février 1883, se résume en deux propositions. La Cour décide :

1° Qu'en principe les membres d'une société civile ne sauraient s'affranchir *par leur seule volonté* de l'obligation personnelle dont ils sont tenus chacun pour une part virile, et spécialement que la clause de l'acte de société par laquelle il serait stipulé que le paiement des dettes sociales ne pourrait être poursuivi que sur les biens dépendant de la société, serait non avenue à l'égard des tiers auxquels elle ne serait pas opposable ;

2° Mais que s'il ne dépend pas des associés de s'affranchir de l'obligation personnelle par l'effet de leur seule volonté, il est, du moins, loisible aux créanciers sociaux de renoncer, par convention spéciale intervenue entre eux et les associés, au droit d'agir contre ces derniers individuellement, et qu'une pareille renonciation, fût-elle même tacite, est valable et obligatoire pour celui qui l'a consentie.

De ces deux propositions, la seconde, qui du reste aurait suffi à motiver le rejet du pourvoi, est assurément incontestable. C'est un point certain, un axiome en quelque sorte que chacun est libre, en général, de renoncer, quand et comme il lui convient, aux droits, aux garanties, aux avantages établis en sa faveur. C'est là une vérité que la doctrine et la jurisprudence affirment sans discussion précisément à propos d'une disposition à laquelle, dans l'espèce, on a souvent demandé des arguments d'analogie ; nous voulons parler de l'art. 22 du Code de commerce qui fait de la solidarité, entre les associés dans les sociétés collectives, la condition même du contrat, et la garantie nécessaire des obligations sociales. La Cour de Bordeaux a dit néanmoins, par arrêt du 31 août 1831, que s'il est de principe que tous les associés sont obligés solidairement pour les engagements contractés dans l'intérêt de la société, il peut cependant être fait exception au principe par une convention expresse intervenue, à cet effet, entre les associés et le tiers avec lequel ils ont contracté. Et, d'accord avec cet arrêt, les auteurs reconnaissent à l'envi que s'il convient à un tiers traitant avec la société, de renoncer au bénéfice de l'article 22 et de faire remise de la solidarité aux associés, il y a là une convention absolument licite et dont le caractère obligatoire

ne peut pas même être mis en question. Or, l'art. 1863 du Code civil qui, pour les sociétés purement civiles, fixe la mesure dans laquelle chaque associé est tenu personnellement des engagements sociaux, constitue, en même temps, la garantie des tiers qui contractent avec les associés ou avec la société. Il procède, sous ce rapport, de la même pensée et a le même caractère que l'art. 22 du Code de commerce. Sans doute l'obligation personnelle qu'il impose aux associés est moins étendue, moins sévère que celle dont sont tenus les associés en nom collectif, en ce qu'elle est divisible et non solidaire; mais il n'en est pas moins une garantie, une sûreté pour les créanciers sociaux qui y puisent le droit d'agir directement contre chaque associé dans la mesure de sa part virile, et dans cette mesure, de le poursuivre sur tous ses biens pour l'exécution des engagements contractés avec la société. Les tiers sont donc absolument libres de se départir de cet avantage si cela leur convient, et de relever les associés, dans les traités particuliers qu'ils font avec eux, de cette responsabilité personnelle dont, à défaut de conventions spéciales, ils resteraient chargés. L'arrêt de la Chambre des requêtes ne dit pas autre chose en affirmant que « cette renonciation stipulée et consentie dans un contrat particulier, restreinte à ce contrat et applicable seulement entre les parties contractantes, ne constitue que l'exercice légitime de la liberté des conventions, et que n'étant pas contraire à l'ordre public, elle n'a par cela même rien d'illicite. » Il n'y a pas à insister sur cette partie de l'arrêt, dans laquelle est affirmée une fois de plus une vérité évidente de soi et qu'on ne démontre pas.

Mais il en est autrement de la première proposition; elle est contestée en doctrine et en jurisprudence. La Cour de Paris notamment devant laquelle la question s'était déjà posée en 1868, a jugé, alors, non seulement qu'il peut être stipulé par les statuts d'une société civile que l'associé qui aura transféré sa part d'intérêt sera complètement dégagé de son obligation personnelle par rapport aux dettes sociales même antérieures au transfert, mais encore que la stipulation, par cela même et par cela seul qu'elle est contenue dans le pacte social, est opposable aux tiers qui, en traitant avec la société, sont présumés connaître les condi-

tions de son existence et l'étendue des garanties qu'elle offre à ceux qui contractent avec elle (arrêt du 28 janvier 1858, Dall. 68. 2. 244). — Au contraire, un arrêt récent de la Cour de Bruxelles, reproduit dans nos recueils, juge que la clause d'un acte de société civile d'après laquelle les associés ne pourront être tenus au-delà de la somme représentant la valeur de leur apport « a simplement pour but de régler la position des associés entre eux, mais que cette stipulation ne peut avoir aucun effet vis-à-vis des tiers qui, en contractant avec une société civile et particulière dont les statuts leur sont inconnus, n'ont pas à s'inquiéter du montant du capital social, puisqu'ils sont garantis par la responsabilité personnelle des associés. » (C. de Bruxelles, 2 février 1882, Dall. 83. 2. 1). — Et la Cour de Douai a jugé de même dans une espèce d'autant plus à remarquer que les créanciers auxquels étaient opposées les stipulations restrictives de l'acte de société étaient eux-mêmes membres de la société, et qu'en cette qualité ils avaient mieux que personne connu ou pu connaître les statuts sociaux. (C. de Douai, 23 mars 1878, Dall. 79. 2. 109). — Enfin, entre ces deux solutions contraires, se place la doctrine d'après laquelle l'article 1863 viserait uniquement le cas où tous les associés ont figuré personnellement au contrat, en sorte que les restrictions mises par l'acte de société à la responsabilité individuelle des associés seraient opposables de plein droit aux tiers, alors même qu'elles n'auraient pas été portées à leur connaissance, s'ils avaient contracté, non avec tous les associés personnellement, mais avec l'un d'eux représentant la société pour le compte et au nom de laquelle il aurait traité. (Dall., *loc. cit.*, aux notes).

De ces diverses solutions, celle que consacre l'arrêt de la Cour de cassation du 21 février 1883 est justement considérée comme la plus sûre par la généralité des auteurs.

L'art. 1863, dont l'objet spécial est de régler la situation de la société, c'est-à-dire des associés dans leurs rapports avec les tiers, fixe, *d'une manière générale*, dans cette vue, la mesure dans laquelle chacun d'eux individuellement est tenu des engagements sociaux. D'une manière générale, disons-nous; et par là nous écartons la distinction fondée sur la supposition que le

principe de l'art. 1863 serait applicable seulement au cas où tous les associés ont figuré personnellement au contrat. C'est là une règle à laquelle sont soumis les associés pour tous les engagements sociaux ; or il y a engagement social non-seulement en ce cas, mais aussi quand l'obligation a été contractée *nomine sociali* par un associé ayant qualité ou pouvoir pour traiter au nom et pour le compte de la société. Cela s'induit nettement, d'ailleurs, de l'art. 1864, aux termes duquel « la stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société. » Ainsi, la société et tous les associés sont liés même pour l'obligation contractée *nomine sociali* par l'un d'eux, si pouvoir lui a été donné par les autres. Notons même que le *pouvoir* dont parle ici la loi s'entend, non pas, comme l'a dit à tort M. Duranton (T. 17, n° 447), d'un pouvoir spécial et exprès donné en vue de l'acte, mais, selon l'avis à peu près unanime des auteurs, du pouvoir qui de droit appartient au gérant chargé d'administrer la société, et même de celui dont chaque associé est investi à défaut de stipulation spéciale sur le mode d'administration (C. civ., art. 1859). L'engagement ainsi contracté, en tant, bien entendu, qu'il est un acte d'administration, est au premier chef un engagement social ; il lie tous les associés, selon l'expression de l'art. 1864 ; il les lie au même titre et dans les mêmes conditions que s'ils avaient figuré personnellement au contrat, et, par conséquent, dans les conditions et dans les termes précisés par l'art. 1863. Or, cet article, d'après lequel les associés sont tenus de la dette sociale, à l'égard des tiers, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, contient en cela, nous le répétons, et une application spéciale des principes qui régissent les obligations divisibles et la mesure de la garantie offerte aux tiers qui contracteront avec les associés ou avec la société constituée. Donc, il s'impose à tous, aux tiers aussi bien qu'aux associés, quelles que soient les conventions intervenues entre ces derniers, en vue de régler la part d'intérêt de chacun d'eux dans la société. Ces conventions toutes puissantes dans les rapports des

associés entre eux, sont sans aucune valeur quand il s'agit de leur obligation au paiement des dettes sociales, sauf en un cas particulier que prévoit l'art. 1864 *in fine*, celui où la société a retiré un avantage d'une convention faite en son nom par un associé auquel ni elle, ni les autres associés n'avaient donné pouvoir de les engager. Sans doute c'est d'une obligation sociale qu'il s'agit même en ce cas. Mais la société n'est tenue alors que parce que l'engagement lui a profité; elle est obligée uniquement à cause de cela et à raison de l'avantage qu'elle a retiré de la convention. En sorte que le créancier procédant contre elle par l'action *de in rem verso* sera contraint, par la nature même de cette action, à ne rien demander à la société au-delà de la somme qui représente son profit dans l'affaire conclue en son nom. La conséquence qui s'induit de là au point de vue de l'obligation personnelle de chaque associé, apparaît d'elle-même; et elle a été déduite pas la Cour de cassation dans un arrêt de date déjà ancienne: « le profit des associés, a-t-elle dit, ne pouvant être en ce cas qu'en proportion de la part qu'ils ont dans la société, c'estaussi en proportion seulement de cette part qu'ils doivent contribuer au paiement de la dette, car autrement l'action *de in rem verso* serait, dans ses effets, étendue au-delà de sa cause. » (Rej. 18 mars 1824).

Mais hors ce cas, dans lequel chaque associé n'est tenu et ne peut être poursuivi que pour sa part sociale, la règle de l'article 1863 garde son empire, et soit que l'engagement ait été pris par tous les associés, soit qu'il ait été contracté *nomine sociali* par un seul dans la mesure du pouvoir qu'il a reçu des autres, c'est une part *virile* que le tiers créancier *peut* et *doit* demander à chaque associé. Ainsi une association est formée entre deux personnes dont la part d'intérêt d'après le pacte social, est fixée, pour l'une, aux trois quarts, et à un quart pour l'autre. Le créancier envers lequel la société est engagée n'a pas à régler sur cette répartition, même en eût-il en fait une pleine et entière connaissance, les poursuites qu'il dirigera contre les membres de la société; il devra demander à chacun une part virile, c'est-à-dire la moitié, et il ne pourra pas être contraint de ne demander que le quart à l'un, pas plus qu'il ne lui serait permis de demander les trois quarts à l'autre.



La proposition n'est contestée que dans sa seconde partie. On admet généralement que la connaissance personnelle qu'aurait le créancier de l'inégalité des parts ne lui enlève pas le droit de réclamer une part virile, et que l'associé tenu, d'après le pacte social, dans une proportion moindre que les autres, est présumé renoncer à son droit par cela même qu'en traitant avec un tiers il ne le réserve pas expressément. Cela d'ailleurs s'induit avec évidence des termes mêmes de l'art. 1863, d'après lequel les associés sont tenus pour une part virile, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, *si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part.*

Mais une opinion s'est produite d'après laquelle les tiers pourraient toujours, dès qu'ils y auraient intérêt, se départir de la règle posée dans l'art. 1863, et par exemple demander sa part proportionnelle à tel ou tel associé dont la part d'intérêt dans la société serait, d'après le pacte social, supérieure à une part virile. Toutefois cela ne saurait être admis. Il faut, en effet, ne pas oublier que l'art. 1863 procède aussi des principes qui régissent les obligations divisibles. C'est parce que les dettes sociales, dans les sociétés purement civiles, se divisent entre les associés, que cet article déclare les associés tenus chacun pour une somme et part égales envers le créancier avec lequel ils ont contracté.

Donc, quelles que soient les stipulations du pacte social, les associés ne peuvent être poursuivis que chacun pour moitié s'ils sont deux, pour un tiers s'ils sont trois, pour un quart s'ils sont quatre, etc. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'une déclaration spéciale contenue dans l'acte même d'obligation conférerait au créancier le droit de demander à chaque associé sa part proportionnelle au lieu d'une part virile. La connaissance personnelle qu'aurait le créancier des stipulations du pacte social ne saurait tenir lieu de cette déclaration.

L'arrêt de la chambre des requêtes du 21 février 1883 ne s'explique pas sur ce dernier cas ; il statue uniquement sur le cas précédent qui seul avait été mis en question dans l'espèce. Mais il y a entre les deux une corrélation en quelque sorte nécessaire. On ne s'expliquerait pas, en effet, que le créancier auquel sa con-

naissance personnelle des stipulations du pacte social n'est pas opposable par l'associé dont la part d'intérêt est moindre qu'une part virile, eût, de son côté, le droit de l'opposer à l'associé dont la part sociale serait supérieure. PAUL PONT.

## DES DONNÉS OU LEGS FAITS A DES SUCCESSIBLES

### EN CAS DE RÉSERVE LÉGALE

Par Léopold THÉZARD, doyen de la Faculté de droit de Poitiers

(Suite<sup>1</sup>).

20. — De là une question : faut-il imputer l'avancement d'hoirie sur la part de réserve de l'enfant donataire, et pour le surplus, s'il y en a, sur la quotité disponible, ou faut-il l'imputer d'abord sur la réserve entière prise en masse ?

Exemple : Deux enfants, Primus et Secundus. — Primus a reçu un avancement d'hoirie d'une valeur de 60,000 francs. Le *de cujus* laisse 60,000 francs de biens extants, sur lesquels il a fait pour 40,000 francs de legs à des tiers.

$M = 120,000$ . —  $Q.D. = 40,000$ . —  $R = 80,000$ . —  $r = 40,000$

Si on fait l'imputation sur la réserve prise en masse, les 60,000 francs donnés à Primus et rapportés par lui, joints aux 20,000 francs qui restent dans la succession en sus des legs, formeront la réserve entière des deux héritiers; les legs, qui s'élèvent à 40,000 francs, n'excéderont pas la quotité disponible, et devront être intégralement payés.

Si au contraire, on ne fait l'imputation que sur la part de réserve de l'enfant donataire, et subsidiairement sur la quotité disponible, la réserve de cet enfant n'étant que de 40,000 francs, il imputera sa donation jusqu'à concurrence seulement de ce chiffre sur cette part de réserve, et les 20,000 francs de surplus devront être imputés sur la quotité disponible.

D'autre part, la donation faite à Primus étant antérieure aux legs, ceux-ci devront être atteints par la réduction avant cette

<sup>1</sup> Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome XIII, nouvelle série, 1884, pages 282 et 350.

donation, en tant qu'elle s'imputera sur la quotité disponible, et par suite ils subiront une réduction de 20,000 francs. En conséquence, les deux cohéritiers auront à prendre entre eux une valeur de 100,000 francs, sauf à examiner ensuite s'ils devront se la partager également.

Le système de l'imputation en masse se soutient par les raisons suivantes :

Les dons faits en avancement d'hoirie sont véritablement résolus lorsque l'héritier donataire vient à la succession; les biens donnés sont considérés comme n'étant jamais sortis du patrimoine du donateur. Devant se partager entre tous les héritiers, ils doivent s'imputer sur la réserve de tous, et laisser la quotité disponible entièrement libre pour des avantages faits à des donataires et légataires étrangers. Sans doute le rapport n'est pas dû à ces donataires ou légataires étrangers; mais ici, il ne s'agit que d'imputation et non de rapport. Ce système est d'ailleurs plus conforme aux intentions vraisemblables du disposant : par là même qu'il a donné en avancement d'hoirie, il a entendu que les biens donnés rentreraient entièrement dans la succession, au moins si le donataire acceptait.

Le système contraire, avec raison, suivant nous, fait valoir les considérations suivantes :

D'après l'article 857, le rapport ne doit pas profiter aux donataires ou légataires. Que s'ils ont droit à l'imputation, c'est à la condition que cette imputation se fasse conformément au droit de chacun; or, la donation faite à l'un des réservataires ne peut certainement pas comprendre une partie de la réserve des autres; elle ne peut comprendre que sa part de réserve, plus tout ou partie de la quotité disponible; l'imputation, en tant qu'elle se fait sur la réserve, ne peut donc se faire que sur la part de cet héritier.

La même solution devrait être donnée, si le testateur, au lieu de léguer 40.000 francs en argent ou corps certains, avait légué la quotité disponible. Cette quotité serait bien de 40.000 francs. Mais à l'égard des légataires, elle se trouverait déjà entamée de 20.000 francs, dont ils ne sauraient exiger le rapport.

Si au lieu d'un don de 60.000 francs en avancement d'hoirie

au profit de Primus, nous supposons un don de 50.000 francs seulement, cette libéralité s'imputera pour 40.000 francs sur la réserve et pour 10.000 francs sur la quotité disponible. En conséquence, cette quotité disponible sera restée libre pour 30.000 fr., et les légataires auront le droit de les prendre. Il restera donc à partager entre les héritiers 90.000 francs (40.000 francs restés sur les biens extants, et 50.000 francs rapportés par Primus).

21. — Cette question ainsi résolue à l'égard des légataires (ou donataires ultérieurs), une autre se présente entre les héritiers eux-mêmes :

L'héritier donataire par avancement d'hoirie sera-t-il tenu au rapport de façon à subir une réduction plus forte que celle qu'il aurait subie en l'absence de dons ou legs postérieurs ?

Voici comment la question se pose :

Dans la première hypothèse proposée, celle où Primus est donataire de 60.000 francs, si le donateur était mort sans avoir fait de libéralités postérieures à l'avancement d'hoirie, l'héritier donataire aurait rapporté 60.000 francs ; puis, la masse étant de 120.000, il aurait retiré une valeur égale ; l'autre enfant aurait eu autant.

Par suite de la solution précédente, au contraire, les legs qui ont été faits sont respectés jusqu'à concurrence de 20.000 francs (ils le seraient jusqu'à 40.000, si on admettait l'imputation en masse) ; il ne reste donc que 100.000 francs à partager entre les deux enfants.

Si on partage également après le rapport opéré, l'enfant donataire ne reprendra que la moitié, soit 50.000 francs : différence en moins pour lui, 10.000 francs.

Mais cette solution n'est pas incontestée :

Il a été soutenu que l'enfant donataire devrait en ce cas garder intégralement les 60.000 francs reçus et que son cohéritier ne prendrait alors que la réserve, soit 40.000 francs. On fait intervenir, pour justifier cette solution, un autre principe, celui de l'*irrévocabilité des donations*.

« La donation, dit-on, quoique faite en avancement d'hoirie, n'en est pas moins irrévocable. Sans doute le donataire est astreint à en faire le rapport. Mais ce rapport ne saurait devenir

plus onéreux par suite de circonstances ultérieures qui dépendraient de la seule volonté du donateur, et spécialement par le fait de nouvelles libéralités qu'il pourrait consentir : donner et retenir ne vaut. Le donataire a donc, dans tous les cas, le droit de garder ce qu'il aurait eu s'il n'avait pas été fait de libéralités ultérieures : ni les dons ou legs faits à un étranger, ni ceux faits par préciput à un autre cohéritier ne peuvent lui préjudicier. Donc, l'héritier donataire en avancement d'hoirie fera bien le rapport, mais l'autre cohéritier supportera seul sur sa part (sa réserve devant d'ailleurs rester intacte), les libéralités ultérieures faites par le *de cuius*. »

Ce système trouve un appui dans un arrêt de la Cour de cassation sur une question analogue, que nous analyserons plus loin (D. 72. 1. 356), et après avoir été soutenu par M. Labbé (*Revue pratique*, t. XI et XII), il a été naguère accepté par un arrêt de la Cour d'Agen (D. 80. 2. 217). Dans ce système, l'avancement d'hoirie se transforme en don par préciput, en tant que cela est nécessaire pour en assurer l'effet intégral.

Avec plusieurs jurisconsultes, nous trouvons cette solution inadmissible.

Le rapport, qui est imposé à tout héritier donataire sans clause de préciput, a pour effet nécessaire, dans les relations entre cohéritiers, de faire remettre les biens dans la masse, pour être soumis ensuite à un partage égal. Quant à l'argument tiré de l'irrévocabilité, il ne porte pas : la diminution que peut subir l'héritier dans sa donation résulte de l'effet du rapport, nécessaire pour tout héritier acceptant, effet que le donataire a dû prévoir, et auquel il pouvait se soustraire en renonçant. Toute dispense de rapport doit être expresse : or l'opinion en question a cette conséquence que la dispense de rapport résulterait de libéralités faites à d'autres personnes. Enfin l'argument tiré de l'irrévocabilité prouverait trop : car, entendu au sens qu'on propose, il conduirait à cette conséquence, qu'il faudrait également conserver le bénéfice entier de la libéralité à l'héritier donataire, si le donateur, au lieu de faire des libéralités ultérieures, avait vendu une partie de ces biens et en avait dissipé le prix ; alors en effet on pourrait dire à aussi juste titre que la donation ne

doit pas être atteinte par des faits personnels au donateur. Or, personne n'admet cette conclusion : si par exemple le père, ayant 120.000 francs de biens, donne une valeur de 60.000 francs en avancement d'hoirie à l'un de ses deux enfants, et ensuite dissipe une valeur de 20.000 francs, de façon à ne laisser que 40.000 francs de biens extants, qui voudrait soutenir que le donataire venant à succession devra néanmoins garder intégralement les 60.000 francs donnés? Cet exemple fait ressortir, croyons-nous, que les principes du rapport doivent ici s'appliquer purement et simplement, et que la règle de l'irrévocabilité n'est pas en jeu.

On peut, il est vrai, faire le raisonnement suivant :

« L'héritier donataire en avancement d'hoirie, si on le soumet au partage égal avec son cohéritier, va perdre une partie de sa libéralité, et cela non à raison du droit seul de ce cohéritier, auquel il doit le rapport, mais à raison du droit des donataires ou légataires ultérieurs auxquels le rapport n'était pas dû. Il faut donc, pour que l'article 857 soit respecté, restituer à l'héritier donataire la même situation qu'il aurait eue s'il n'y avait pas eu de dons ou legs ultérieurs. »

Mais ce raisonnement nous semble se heurter à un double principe :

1° *Au point de vue des donataires ou légataires ultérieurs*, les règles de l'imputation exigent que tout ce qui reste libre sur la quotité disponible, puisse être entièrement donné par le père de famille (n° 19);

2° *Dans les rapports des héritiers entre eux*, lorsqu'ils viennent tous à la succession, il doit y avoir égalité absolue entre ceux qui ont reçu des dons ou avancement d'hoirie et ceux qui n'en ont pas reçu : entre eux, l'avancement d'hoirie n'est qu'une libéralité provisoire, qu'il porte sur la réserve ou sur la quotité disponible.

22. — L'application des principes que nous venons d'établir devra résoudre encore une question spéciale, quand un don ou legs par préciput de la quotité disponible au profit de l'un des enfants se combinera avec des avancements d'hoirie faits antérieurement au profit des autres.

Le don ou legs de la quotité disponible fait au profit d'un des enfants doit, nous l'avons vu, se calculer sur la masse totale formée d'après l'article 922, et dans laquelle entreront les avancements d'hoirie qui ont pu être consentis à d'autres enfants.

Mais, en même temps, le legs par préciput ne pourra être réclamé que sur les biens extants et non sur les biens rapportés par les autres successibles donataires en avancement d'hoirie : en effet, en tant que légataire de la quotité disponible, l'héritier préciputaire est assimilé à tout autre légataire. S'il a droit à profiter de la composition de la masse conformément à l'article 922, il n'a pas droit à profiter du rapport (art. 857).

Voici un exemple direct qui ne donne lieu à aucune difficulté.

Deux enfants, Primus et Secundus. — Primus donataire en avancement d'hoirie d'une valeur de 90,000 francs; — Secundus légataire par préciput de la quotité disponible. Biens extants : 30,000 francs :

$$M = 120,000. — Q. D. = 40,000.$$

Le legs par préciput ne permettra certainement à Secundus de prendre que les 30,000 francs de biens extants, bien que la quotité disponible soit de 40,000 francs. C'est là une solution *minima* qui ne saurait faire de doute.

23. — Mais d'autres questions plus délicates se produiront, soit dans cette hypothèse, soit dans l'hypothèse même où la quotité disponible pourrait être prise intégralement sur les biens extants. Le cohéritier préciputaire qui prélèvera cette quotité disponible sur les biens extants, pourra-t-il ensuite prendre part entière dans les biens rapportés par son cohéritier ?

Exemple :

Deux enfants, Primus et Secundus. — Primus donataire en avancement d'hoirie de 50,000 francs. — Secundus légataire par préciput de la quotité disponible. Biens extants : 70,000 francs.

$$M = 120,000. — Q. D. = 40,000.$$

Dans cette nouvelle hypothèse, on admet que Secundus prélèvera sur les biens extants les 40,000 francs qui forment la quotité disponible. Mais comment se fera le règlement du surplus ?

*Premier système.* — Après le prélèvement des 40,000 francs sur les biens extants, il restera : 1° 30,000 francs de biens extants; 2° 50,000 francs rapportés par Primus, en tout 80,000 francs, lesquels doivent fournir la réserve des deux enfants, et ces 80,000 francs se partageront également entre les deux. En effet, dit-on dans ce système, l'article 857, qui défend au légataire de profiter du rapport, n'est applicable à Secundus qu'en tant que précipitaire, et non en tant qu'héritier : à ce dernier titre, il a droit au partage égal des biens rapportés par les cohéritiers (arrêt de Nîmes du 4 août 1868, cassé par l'arrêt ci-après, du 3 août 1870, et rapporté avec lui dans Dalloz, 72.1.356).

*Second système.* — Le cohéritier précipitaire ne peut pas profiter indirectement du rapport pour augmenter l'inégalité résultant de son préciput; il ne peut donc pas demander le rapport, en tant qu'il pourrait contribuer à cette inégalité. Le principe de la solution se trouve dans les dispositions sur l'irrévocabilité des donations, « lesquelles, dit l'arrêt de la Cour de cassation, (du 3 août 1870), s'appliquent aux donations en avancement d'hoirie comme à toutes autres donations entre-vifs, et d'autre part celles qui refusent aux légataires en cette qualité, alors même qu'ils sont héritiers, le droit de soumettre les donataires au rapport réel des libéralités faites à ces derniers. » En conséquence, dans l'hypothèse prévue, le donataire en avancement d'hoirie devra garder intégralement la valeur de 50,000 fr. qui lui a été donnée; ou, en d'autres termes, tout en faisant le rapport de ces 50,000 fr., il devra reprendre sur ce qui reste disponible dans la masse les 10,000 fr. formant la différence entre le montant de sa donation et ce qui lui revient à titre de réserve.

Cette application du principe de l'irrévocabilité est-elle exacte ?

Nous pensons qu'elle méconnaît le principe du rapport entre cohéritiers. L'héritier, au moins en tant qu'héritier, a toujours droit au partage égal dans les biens extants et dans les biens rapportés par son cohéritier.

Ce n'est pas à dire pourtant que l'héritier précipitaire doive, dans l'hypothèse, prendre intégralement la quotité disponible, et partager également dans le surplus. Il faut faire ici la combinaison des règles diverses déjà établies.



L'héritier légataire par préciput de la quotité disponible ne peut avoir, de ce chef, plus de droit qu'un légataire étranger. Or, quelle serait ici la situation d'un étranger légataire de la quotité disponible? Par suite de la solution précédemment donnée sur l'imputation (n° 20), l'héritier donataire en avancement d'hoirie imputerait sa libéralité jusqu'à concurrence de 40,000 fr. sur sa part de réserve, et pour 10,000 fr. sur la quotité disponible. Donc la quotité disponible ne resterait libre que pour 30,000 fr., et le légataire n'aurait à réclamer que cette valeur sur les biens extants.

La solution doit être la même pour l'héritier légataire par préciput. Il prendra donc seulement 30,000 fr. sur les biens extants pour se remplir de son legs. Il restera ainsi dans la masse 40,000 fr. de biens extants, qui, joints aux 50,000 fr. donnés à Primus et rapportés par lui, formeront un total de 90,000 fr.; ces 90,000 fr. se partageront également entre les deux héritiers, soit 45,000 fr. pour chacun.

Notre système diffère de celui de la Cour de Nîmes, en ce que les 10,000 fr. formant l'excédant de l'avancement d'hoirie sur la part de réserve du bénéficiaire, s'imputent sur la quotité disponible, et diminuent d'autant ce que le préciputaire peut réclamer de ce chef. Il diffère de celui de la Cour de cassation, en ce que nous soumettons ces 10,000 fr. au rapport, en les partageant par moitié entre les deux héritiers.

### 3° Dons ou legs par préciput. — Renonciation.

24. — Lorsque l'héritier donataire ou légataire par préciput renonce à la succession, nulle difficulté n'est possible, si on repousse la théorie du cumul : cet héritier devra être considéré comme un donataire étranger, tant au point de vue de ce qu'il lui sera permis de retenir, qu'au point de vue des autres donataires ou légataires possibles. La seule question à résoudre sera celle de savoir s'il doit compter pour le calcul de la réserve.

### 4° Dons ou legs en avancement d'hoirie. — Renonciation.

25. — C'est surtout au sujet du successible donataire en avancement d'hoirie que s'est élevée la grande controverse sur le cumul. La jurisprudence, nous l'avons vu, avait été amenée peu à

peu à la doctrine du cumul par celle de l'imputation sur la réserve. Aujourd'hui elle décide au contraire que le renonçant ne peut retenir l'avancement d'hoirie que jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

Quelle sera la conséquence de cette solution quant à l'imputation d'une semblable libéralité par rapport aux autres dons ou legs faits par le testateur ?

A la suite de l'arrêt de 1862, un double courant s'est produit dans la jurisprudence et dans la doctrine : les uns, voulant restreindre la doctrine prohibitive du cumul aux rapports des héritiers entre eux, ont continué d'admettre à l'égard des tiers l'imputation des biens donnés au réservataire renonçant sur sa réserve; les autres, ne séparant pas la question d'imputation de celle de cumul, ont admis *erga omnes* l'imputation sur la quotité disponible.

Reprenons l'exemple donné précédemment (n° 8).

Un père de famille a trois enfants. Il donne à l'un d'eux 30,000 francs en avancement d'hoirie. Plus tard, il fait une donation de 30,000 francs à une autre personne. Il meurt laissant 60,000 francs de biens extants. L'enfant donataire renonce.

$M = 120,000$  fr.  $QD = 30,000$  (en comptant le renonçant).

Si les 30,000 fr. donnés à l'enfant doivent être imputés sur la quotité disponible, ils l'absorbent tout entière; d'autre part, cette donation, étant la première en date, sera la dernière atteinte par la réduction. La donation faite à un tiers sera tout entière atteinte par la réduction (ou tout au moins elle sera réduite de 20,000 fr., si on cesse de compter le renonçant pour le calcul de la réserve, ce qui porte la quotité disponible à 40,000 francs).

Si, au contraire, on impute les 30,000 francs donnés au renonçant sur sa part de réserve, le disponible sera resté libre, et la donation faite à une tierce personne échappera à la réduction.

En faveur de cette dernière opinion, plusieurs jurisconsultes, et notamment MM. Aubry et Rau (t. VII, § 684 *ter*, note 39), ont fait valoir de sérieux arguments :

1° La renonciation du successible donataire ou légataire, ne doit en aucune manière influencer sur la fixation de la quotité de

biens dont le défunt devait avoir la libre disposition ; en effet, pour fixer cette quotité, on doit prendre comme point unique de départ l'ouverture de la succession (art. 920 et 922) : c'est ce qui permet de décider en même temps que l'enfant renonçant doit compter pour la fixation de la masse ;

2° Le système contraire ouvrirait la porte à la fraude ; car il permettrait au successible donataire en avancement d'hoirie de restreindre ou d'anéantir, au moyen d'une renonciation concertée avec ses cohéritiers, l'effet des dispositions ultérieures que le défunt s'était réservé de faire par cela seul qu'il avait disposé en avancement d'hoirie ;

3° Quant à l'objection tirée de l'art. 845, à savoir que le successible retient le don ou réclame le legs à lui fait *jusqu'à concurrence de la quotité disponible*, voici ce qu'on peut y répondre : cette disposition a pour objet, non d'indiquer le caractère intrinsèque de la retenue, mais d'en fixer la mesure ; il s'agit de faire la part du renonçant par rapport aux héritiers acceptants, mais non de changer la nature du don ou legs, laquelle ne peut dépendre du donataire ou légataire lui-même ;

4° Enfin, cette manière de voir se concilie seule avec la théorie qui permet de compter le renonçant pour la fixation de la réserve : pour qu'il soit compté dans l'attribution de cette réserve, il faut qu'il y participe.

La Cour de cassation, terminant l'évolution de sa jurisprudence, s'est prononcée en sens contraire, au moins pour le cas où il s'agit d'une donation entre-vifs, dans un arrêt du 10 novembre 1880 (D. 81. 1. 81) par les motifs suivants :

La donation entre-vifs produit le dessaisissement actuel et irrévocable du donateur au profit du donataire, même quand elle est faite en avancement d'hoirie ; une pareille clause, soit expresse, soit tacite, n'a d'autre résultat que d'obliger le donataire au rapport, dans le cas seulement où, appelé à la succession du donateur, il opte pour l'acceptation ; que si, au contraire, il renonce à cette succession, il peut cependant, aux termes de l'art. 845, retenir le don entre-vifs, non en vertu de la qualité d'héritier (puisque suivant l'art. 785, il est censé ne l'avoir jamais été), mais par la force du titre de donation entre-vifs qui subsiste seul.

S'il peut paraître singulier qu'un avancement d'hoirie se transforme en don imputable sur la quotité disponible, il faut remarquer qu'en certains cas ce résultat est forcé, par suite de l'irrévocabilité des donations. Supposons que le donataire en avancement d'hoirie soit précédé sans laisser d'enfants qui le représentent dans la succession du donateur, et ait aliéné à titre onéreux ou donné lui-même les biens compris dans la donation : ne faudra-t-il pas traiter le don à lui fait comme une libéralité faite à un étranger?

En conséquence, les biens que l'enfant renonçant tient d'un acte de libéralité du *de cuius*, sont imputables, non sur la réserve à laquelle il s'est rendu étranger en renonçant à la succession, mais sur la quotité disponible dont ils ne peuvent excéder la mesure. Ainsi donc, le don fait à l'enfant renonçant est complètement assimilé, pour l'application des règles de la réduction, à un don fait à une personne non appelée à la succession.

Tel est le système définitif de la Cour de cassation.

Il présente sans doute cet inconvénient, que les prévisions du donateur peuvent être trompées. On a cherché à remédier à cet inconvénient très sérieux, en proposant de valider les clauses dans lesquelles il serait dit que le don sera de toute façon imputable sur la part de réserve du donataire, même dans le cas où il renoncerait. Mais ces clauses nous semblent frappées d'une nullité absolue, comme constituant des pactes sur succession future. C'est seulement au cas où l'avancement d'hoirie serait fait par testament, que le *de cuius* pourrait imposer une disposition de ce genre, et ainsi mettre l'héritier légataire dans l'alternative d'accepter la succession ou de perdre son legs.

#### IV.

26. — Reste une question que nous avons réservée jusqu'à ce moment :

L'enfant renonçant doit-il compter pour la fixation de la réserve?

La solution de cette question, nous l'avons indiqué, peut en certains cas modifier celle des questions précédentes.

Elle ne se présente d'ailleurs que s'il existe moins de trois enfants venant à la succession : car s'il en reste trois ou davantage, la quotité disponible est invariablement du quart, nonobstant la renonciation d'un autre enfant (art. 913). Que si au contraire, il reste seulement deux enfants acceptants, la quotité disponible sera du quart de la masse si on compte l'enfant renonçant, elle sera du tiers si on ne le compte pas; de même, s'il reste un seul enfant acceptant, avec un renonçant, la quotité disponible sera du tiers si on compte ce dernier (elle serait du quart s'il y avait deux enfants renonçants), et si on ne le compte pas, elle sera de la moitié.

Dans la théorie qui admet que l'enfant renonçant et en même temps donataire a le droit de retenir son don sur sa part de réserve, il sera nécessaire de le compter pour la fixation de cette réserve, au moins dans le cas où il y prendra part effectivement, où il renoncera *aliquo dato*. Que si au contraire, il renonce *nullo dato*, une controverse est possible entre ceux-là même qui admettent le droit de rétention : les uns pourront considérer que le bénéfice de sa renonciation accroît aux autres réservataires; d'autres feront valoir que, ne prenant effectivement aucune part dans la réserve, le renonçant ne doit plus être compté comme réservataire.

Mais étant donnée la jurisprudence actuelle qui refuse absolument au renonçant le droit de prendre part dans la réserve, la controverse se trouve simplifiée, et ne comporte plus de distinctions.

Quant à nous, il nous semble plus logique de ne pas compter pour la fixation de la réserve l'enfant qui n'est plus ni héritier ni réservataire. Dès lors que la réserve est attribuée à ceux-là seulement qui se portent héritiers, ceux-là seulement aussi doivent entrer en ligne de compte pour en fixer le montant, et le renonçant doit à tous égards être considéré comme un étranger. L'article 913, quand il fixe la quotité disponible en raison inverse du nombre d'enfants que laisse le *de cuius*, doit s'entendre d'enfants qu'il laisse comme venant à sa succession; car tel est le langage ordinaire de la loi. De même, l'article 915, quand il fixe la quotité disponible différemment, suivant que le *de cuius*

laisse des ascendants dans une seule ligne, ou dans les deux. L'article 922 *in fine*, de son côté, dit que la quotité disponible doit être calculée *eu égard au nombre et à la qualité des HÉRITIERS qu'il laisse*.

Cependant la solution contraire est aujourd'hui admise par la jurisprudence de la Cour de cassation, et voici par quelles raisons :

1° L'article 913, en déterminant la quotité disponible, et par réciprocité la réserve, eu égard au nombre des enfants que laisse le *de cujus*, n'exige pas qu'ils se portent héritiers. Les renoncants et les indignes, étant d'ailleurs saisis de la succession jusqu'au moment de leur renonciation ou de leur indignité déclarée, doivent faire nombre dans l'hérédité.

2° La réserve est une quote-part de l'hérédité. Or l'hérédité est dévolue en bloc à tous les héritiers : en cas de renonciation de l'un d'eux, sa part accroît à ceux qui acceptent (art. 786). La réserve, comme l'hérédité elle-même, est d'ailleurs collective et non individuelle : la preuve, c'est que cette réserve n'est pas déterminée directement par la loi pour chacun des héritiers ; ce que la loi détermine, c'est seulement la quotité disponible, et la réserve, qui en forme le complément, est une masse à répartir entre les réservataires, et non une fraction des biens, attribuée individuellement à chacun d'eux.

3° La quotité disponible est fixée d'une façon immuable par la loi, d'après la qualité des parents que laisse à son décès le *de cujus* (art. 913) ; elle ne peut donc pas être changée par des événements ultérieurs, tels que la renonciation de l'un des héritiers : il ne peut dépendre de l'un d'eux de changer le droit de tous.

27. — Ces raisons, malgré les graves autorités qui les appuient, nous semblent faibles.

Dire que la réserve est fixée d'une façon invariable, d'après le nombre des enfants que laisse le testateur, c'est résoudre la question par la question ; car il s'agit de savoir si les enfants doivent être *laissés* comme enfants ou comme héritiers, pour donner lieu à la fixation de la réserve conformément à l'article 913. Or le sens le plus général de cette expression comporte qu'il s'agit d'enfants laissés comme héritiers. Ainsi, dans l'article 757,

quand le droit de l'enfant naturel est fixé à telle ou telle quantité, suivant que le *de cuius laisse* tels ou tels parents à son décès, il ne s'agit que des parents venant à la succession.

L'article 785, d'après lequel l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier, fait disparaître l'argument tiré de la fixation établie au jour du décès ; et dès lors qu'on admet que l'héritier renonçant, quant aux donations mêmes qui lui ont été faites, doit être considéré un étranger, son exclusion doit être absolue. Les articles 1004, 1006, 1011, en parlant des *héritiers* auxquels une quotité des biens est réservée par la loi, fixent implicitement les droits de ces héritiers suivant leurs personnes, et non suivant celles des autres successibles qui auraient pu être appelés aussi à l'héritage : si ces articles ont quelque valeur pour démontrer que les *héritiers* seuls ont droit à la réserve, ils doivent prouver aussi que les héritiers seuls doivent être pris en considération pour en fixer le montant.

Quant à l'idée d'une réserve collective, elle semble indifférente pour la solution. Outre que cette idée est en elle-même fort contestable, étant donnés les précédents de la législation romaine et de notre ancien droit, il restera toujours à déterminer d'après quelle collection d'individus la réserve doit être calculée : est-ce d'après la collection des enfants en tant qu'enfants, ou d'après la collection des enfants appelés comme héritiers ? C'est toujours la question par la question.

Reste enfin l'argument de texte tiré de l'article 786 : « la part du renonçant accroît à ses cohéritiers. » Cet argument prouve trop et pas assez. L'article 786 n'apparaît dans le Code que comme la conséquence de l'art. 785, d'après lequel l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier. Dans les cas les plus ordinaires, la conséquence est, en effet, que la part devenue vacante par la renonciation profite aux autres cohéritiers ; mais cette formule, littéralement appliquée, ne serait pas toujours exacte ; car si par exemple l'héritier renonçant appartient à une ligne ou à une souche déterminée, ceux de la même ligne ou de la même souche profitent seuls de sa renonciation. Il ne faut donc prendre l'article 786 que comme l'expression d'un « *plerumque fit* », et non comme une règle absolue.

D'autre part, l'article 786 ne se contente pas de dire que la part du renonçant accroît à ses co-héritiers ; il ajoute : *S'il est seul, elle est dévolue au degré subséquent*. Si on veut combiner rigoureusement la disposition de l'article 786 avec cette idée que la réserve n'est autre chose qu'une part de l'hérédité, il faudra donc conclure : 1° qu'en cas de renonciation de l'héritier en ligne directe descendante, sa réserve sera dévolue aux ascendants ; 2° qu'en cas de renonciation des ascendants, la réserve sera dévolue aux collatéraux. Or personne n'admet ces conclusions. On dit, il est vrai, pour expliquer une solution différente, que pour avoir droit à la réserve, les héritiers doivent avoir une aptitude personnelle à en profiter ; ainsi les ascendants ne peuvent profiter que de la réserve établie pour leur ordre successoral, les collatéraux, n'ayant aucun droit à une réserve, ne peuvent invoquer celle qui est établie pour les descendants ou ascendants, tandis que les descendants ont de leur chef une vocation personnelle à la réserve, que la loi attribue à leur ordre de succession. Mais n'est-ce pas là une équivoque ? Les enfants et descendants appelés à la succession et à la réserve, y ont un droit déterminé à la fois par leur quotité et par leur nombre : ce sont ces deux conditions qui en fixent le montant, et il est impossible de voir une différence rationnelle entre le système qui permettrait à une personne de bénéficier d'un droit ouvert au profit d'un autre ordre d'héritiers non effectivement appelés à la succession, et celui qui lui permettrait de profiter de l'existence d'autres héritiers de son ordre, aussi non effectivement appelés à la succession.

Objectera-t-on que l'exclusion des renonçants sera contraire aux prévisions de la loi et du *de cuius*, qui ont dû calculer la réserve et la quotité disponible, d'après le nombre réel des personnes appelées à la succession, sans se préoccuper des renonciations possibles ? Il est facile de répondre : toute libéralité est plus ou moins subordonnée à une *alea*, résultant de la qualité des héritiers qui viendront à la succession ; si tous les ayant-droit à la réserve renoncent, il est certain que les libéralités soumises à la réduction, y échapperont entièrement. Pourquoi leur refuser le bénéfice d'une réduction moins forte, si quelques-uns de



ceux qui avaient droit à la réserve, cessent d'y prendre part?

Enfin (et cette considération, nous en conviendrons, est de fait plutôt que de droit), notre solution atténuée pour certaines hypothèses, les inconvénients réels de l'imputation sur la quotité disponible, des dons faits à un successible. En élargissant cette quotité, elle laisse un effet plus étendu aux libéralités du défunt, sans porter d'ailleurs atteinte au droit sur lequel avaient dû compter les réservataires. Ainsi, par exemple, soit un père de famille, qui a donné d'abord 30,000 francs en avancement d'hoirie à l'un de ses enfants, puis 10,000 francs à un étranger; il meurt laissant pour héritiers, outre l'enfant donataire qui renonce, deux autres enfants, et il se trouve une fortune de 80,000 francs en biens extants. La réserve, dans notre système, sera des deux tiers, et par suite les biens extants suffiront pour la remplir; si au contraire, en comptant l'enfant renonçant, on fixe la réserve aux trois quarts de la masse, elle sera de 90,000 francs, et la donation faite à l'étranger sera anéantie par la réduction. De même si nous supposons que la libéralité faite à l'enfant renonçant soit d'une valeur de 40,000 francs, et qu'il n'y ait pas de libéralité au profit de personnes étrangères, toutes choses égales d'ailleurs, nous laisserons au renonçant le bénéfice entier de sa donation, et ses frères auront ce qu'ils auraient eu s'il avait accepté. Ces solutions ne sont-elles pas en somme les plus conformes aux prévisions normales et à la volonté du *de cuius*? Sans doute elles n'arrivent pas à faire disparaître complètement cette conséquence, que le sort des libéralités faites par le *de cuius* dépendra de la renonciation d'un de ses héritiers; mais au moins l'*alea* se trouve renfermée dans des limites plus restreintes.

Concluons donc que les héritiers acceptants doivent seuls entrer en ligne de compte, pour fixer le montant de la réserve.

#### IV.

28. — Une règle d'imputation spéciale est établie dans l'article 918 du Code civil :

« La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge

de rente viagère, soit à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe, sera imputée sur la quotité disponible; et l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à la masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui auraient consenti à ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les successibles en ligne collatérale. »

Il résulte, à première vue, de ce texte, deux idées principales ;

1° Les aliénations qu'il prévoit doivent être considérées comme constituant de véritables libéralités, donnant lieu au rapport (ou si l'on veut à la réduction) pour ce qui excède la quotité disponible ;

2° Ces aliénations, considérées comme libéralités, sont néanmoins dispensées du rapport jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

Quel est le motif de cette double manière de voir ?

1° Pourquoi tout d'abord les aliénations prévues sont-elles considérées comme des libéralités ? Si des actes de ce genre étaient consentis au profit d'un étranger, on ne saurait y voir des libéralités, sauf le cas d'une fraude démontrée : c'est en effet consentir un acte à titre onéreux que de vendre son bien à fonds perdu, et spécialement moyennant une rente viagère, comme aussi de vendre la nue-propriété pour un prix fixe en se réservant l'usufruit.

Mais un tel acte, consenti au profit d'un successible en ligne directe quand il y en a d'autres, est considéré comme contenant une libéralité indirecte, et deux raisons différentes en ont été données : 1° l'obligation de payer une rente viagère ou d'abandonner une jouissance viagère en échange d'une pleine propriété, en supposant même que cette obligation soit exécutée, a ce double résultat, d'abord qu'elle ne diminue pas en capital le patrimoine de l'héritier acquéreur, mais lui impose seulement une privation de revenus pendant l'existence de son auteur, et, d'autre part que son patrimoine sera augmenté d'une valeur en capital : ainsi, il sera en définitive enrichi, et ses cohéritiers appauvris ; — 2° il y a lieu de soupçonner, si l'aliénation a été faite moyennant une rente viagère, que l'ascendant n'exigera

pas le paiement de cette rente, et que, sous la forme d'une aliénation, il a voulu déguiser une pure libéralité.

S'agit-il d'une aliénation avec réserve d'usufruit, on peut considérer d'abord que le contrat est aléatoire, et par suite susceptible de contenir un avantage indirect au profit de l'acquéreur; d'autre part et surtout, comme l'aliénateur ne s'est pas privé personnellement de la jouissance de la chose, il y a encore de fortes raisons de soupçonner qu'il n'a point réellement touché le prix stipulé, et qu'il a entendu gratifier l'héritier auquel il a consenti l'aliénation.

2° Pourquoi, d'autre part, le bénéfice, quel qu'il soit, de semblables aliénations, n'est-il pas soumis au rapport, en vertu de cette règle que toute libéralité directe ou indirecte donne lieu à ce rapport, s'il n'y a une clause expresse de préciput (art. 844) ?

Ici encore une double raison peut être invoquée : — 1° Malgré les fortes présomptions qui résultent de la nature du contrat, il est possible après tout que l'acte d'aliénation soit sérieux, et tel que s'il eût été fait au profit d'un étranger : pour le cas où il en serait ainsi, la loi atténue autant que possible l'effet de sa présomption, en permettant au successible de garder le bénéfice de l'acte jusqu'à concurrence de la quotité disponible; les autres successibles, à la rigueur, n'auront pas à se plaindre, puisque leur réserve est dans tous les cas assurée; — 2° En admettant même comme certain qu'il y ait au fond une libéralité, le soin qu'a pris le *de cuius* de lui donner la forme d'un acte à titre onéreux semble indiquer de sa part l'intention de soustraire cette libéralité à l'obligation du rapport; il y a une sorte de dispense tacite.

29. — Le caractère complexe des raisons qui ont ainsi motivé la disposition de l'art. 918 donne lieu à des questions diverses.

Tout d'abord, cette disposition, sous ses deux aspects, est-elle applicable aux aliénations du même genre consenties par un *de cuius* à l'un de ses successibles non réservataires ?

D'après quelques auteurs, l'art. 918 est simplement l'application d'une règle générale, en vertu de laquelle les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux seraient dis-

pensées du rapport, et ils ont fait de cet article lui-même un argument pour établir cette thèse.

Mais l'art. 918 apparaît au contraire comme une disposition tout à fait spéciale à un cas déterminé, et l'argument ne porte pas.

Un arrêt de cassation du 27 juillet 1869 (D. 70. 4. 113), a donné sur ce point une solution exacte et élégante. Les aliénations de ce genre, consenties à un héritier présomptif autre qu'un réservataire, ne sont pas en principe présumées être des libéralités, et en conséquence ne donnent lieu à aucun rapport; mais si les autres héritiers établissent qu'il y a en réalité une donation indirecte, elle est soumise au rapport, et ne saurait en être dispensée sous le prétexte qu'elle constitue une libéralité déguisée. D'une part, en effet, le *de cujus* ayant été libre de disposer par préciput d'une façon illimitée, il n'y a nulle raison de soupçonner qu'il a employé un déguisement inutile. D'autre part, si la preuve du caractère gratuit de l'acte est rapportée, et qu'en même temps il ne soit pas justifié d'une dispense de rapport, la libéralité indirecte doit être soumise au rapport d'après l'art. 843.

30. — Mais l'art. 918, dans ses véritables cas d'application, donne lieu à d'autres difficultés.

La portée de la présomption est-elle que l'acte soit réputé absolument gratuit, et qu'en conséquence, dans le cas d'aliénation avec réserve d'usufruit, le prix stipulé soit censé n'avoir pas été payé, et que, dans le cas d'aliénation à charge de rente viagère, la rente soit censée n'avoir jamais été servie? En conséquence le cohéritier bénéficiaire de l'acte devra-t-il remettre intégralement toute la valeur dont le bien aliéné dépassera la quotité disponible, sans pouvoir réclamer ni déduire le prix qu'il paraîtra avoir payé, ou une partie des arrérages de rente qu'il paraîtra avoir servis?

Ou au contraire, doit-on accepter comme réels les paiements qui résulteront des déclarations de l'acte ou des quittances ultérieures, et l'héritier sera-t-il fondé, en remettant l'excédant sur la quotité disponible, à réclamer ce qu'il semblera avoir payé?

Sur ce point deux opinions contraires se sont produites.

*Première opinion.* — La présomption de la loi n'a point pour

portée absolue de rendre suspects les paiements établis par des quittances régulières en la forme; la loi a simplement voulu transformer l'aliénation à titre onéreux, qu'elle suppose d'ailleurs sincère, en une libéralité réductible à la quotité disponible, à cause de l'*alea* inhérente à ce genre d'aliénation, et qui procure un avantage indirect au successible acquéreur. Mais ce successible doit demeurer indemne, et en conséquence, il doit pouvoir répéter comme payé *sine causa* tout ce qu'il justifie avoir payé : autrement le taux de la réserve serait augmenté pour les autres successibles. En cas d'aliénation moyennant une rente viagère, il aura notamment le droit de répéter tout ce dont la rente viagère excédait le revenu réel des biens. Cette opinion a pour elle les précédents : la loi du 17 nivôse an II, où se trouve l'origine de l'art. 918, admettait en effet le successible acquéreur à défalquer tout ce qu'il justifierait avoir payé. En conséquence, le droit accordé aux autres successibles se réduit à cette alternative : ou exécuter le contrat tel qu'il a été passé, ou le résoudre partiellement en faisant rentrer les biens aliénés dans la succession, mais seulement pour ce qui excédera la quotité disponible, et en même temps en remboursant au successible acquéreur ce qu'il prouvera avoir payé. Il y a seulement lieu d'admettre ce tempérament, conforme au droit commun, que la sincérité des quittances pourra en pareil cas être contestée par tous les moyens de preuve, et même par simples présomptions.

*Seconde opinion.* — Le prix des aliénations prévues par l'article 918, qu'il consiste en un capital ou en une rente viagère, doit être censé n'avoir pas été payé, nonobstant toutes quittances qui auraient pu être données; en conséquence, le successible acquéreur devra toujours rapporter la valeur des biens aliénés, pour ce qui excédera la quotité disponible, et n'aura aucune répétition possible. Quel est en effet le motif principal de la loi? C'est que le *de cujus* a voulu déguiser une donation sous la forme d'un contrat à titre onéreux; c'est donc qu'il ne s'est pas fait payer le prix ou les arrérages établis dans l'acte. Les quittances qui ont pu être données sont par suite réputées faites en fraude de la loi, et cela en vertu d'une présomption *juris et de jure*, qui n'admet pas de preuve contraire (art. 1352). Vouloir restreindre l'avan-

tage du contrat à l'*alea* qui résulte de l'acte lui-même considéré comme sérieux, c'est rendre la disposition de la loi à peu près illusoire : un tel acte, consenti au profit d'un tiers, et abstraction faite de toute simulation, ne contiendrait aucune libéralité, il ne serait pas soumis à la réduction; pourquoi serait-il réputé contenir un avantage lorsqu'il serait passé avec un successible en ligne directe? Dès lors que le législateur autorise le successible acquéreur à garder le bien jusqu'à concurrence de la quotité disponible (et cette quotité est beaucoup plus forte que sous la loi de nivôse an II, ce qui détruit l'argument tiré de cette loi), ne suppose-t-il pas une intention de libéralité absolue, à laquelle il donne satisfaction dans la mesure du possible? mais par là-même n'indique-t-il pas qu'il faut écarter toute autre idée que celle d'une libéralité? Enfin l'opinion contraire, en mettant à la charge des cohéritiers lésés la preuve de la fausseté des quittances, ne les expose-t-elle pas à être frustrés de leur réserve? Sans doute cette preuve pourra se faire par simples présomptions; mais elle n'est pas toujours facile, et est soumise à mille hasards d'appréciation.

Objectera-t-on enfin qu'en donnant cette interprétation rigoureuse à l'article 918, on cause un préjudice réel au successible qui aurait fait une opération sérieuse, et aurait effectivement payé le prix ou les arrrages portés dans l'acte? Plusieurs réponses se présentent à l'esprit : d'abord, le successible a été prévenu du caractère suspect que la loi attribuait à ce genre d'acquisitions, et il dépendait de lui de ne pas accepter le contrat; bien plus, si le contrat était véritablement sérieux, la loi lui donnait un moyen de le faire reconnaître pour tel, c'était l'intervention des autres successibles; enfin, et dans tous les cas, la sanction de la loi est réduite à son *minimum*, puisque le bien aliéné n'est pas rapportable en totalité, mais seulement pour ce qui excède la quotité disponible; la rigueur de la solution est ainsi sensiblement atténuée.

Cette seconde opinion nous semble de beaucoup préférable; la plupart des auteurs l'admettent, et si la jurisprudence ne s'est pas prononcée d'une façon absolument nette, elle incline néanmoins en ce sens (Cass. 24 août 1874, D. 75.1. 129).

31. — Mais dès lors que nous donnons à la loi un sens plus rigoureux, nous devons la restreindre d'autant plus dans les limites indiquées par le texte; et de là la solution d'autres questions controversées.

La présomption de l'article 918 s'applique-t-elle seulement au cas où la rente viagère a été stipulée au profit de l'aliénateur lui-même, ou aussi au cas où il s'agit d'une rente viagère qui doit être servie à un tiers (soit qu'elle fût due antérieurement par l'aliénateur, soit qu'on la stipule dans l'acte lui-même)?

Si on admet que la raison d'être de l'article 918 est uniquement dans le bénéfice que l'*alea* du contrat procure au successible acquéreur, on devra généraliser la solution : ce successible devra remettre dans la masse tout ce dont la valeur de la chose acquise excédera la quotité disponible, en même temps qu'il répétera ce qu'il justifiera avoir payé au crédit-rentier.

Si au contraire on admet que l'article 918 est fondé sur une présomption de simulation, la solution devra être différente. Cette présomption est parfaitement justifiée lorsque l'aliénateur a stipulé la rente viagère pour lui-même; on doit supposer qu'il n'a pas exigé le paiement du successible qu'il voulait avantager. Mais si la rente viagère a été stipulée au profit d'un tiers, il n'est pas présumable que ce tiers ait renoncé bénévolement à ses droits, et ait donné des quittances de complaisance. Le contrat devra donc être réputé sérieux, et il échappera à l'application de l'article 918. Mais par là même, si ce contrat présente un avantage indirect évident pour l'acquéreur, si par exemple la rente viagère à servir à un tiers ne représente pas le revenu de la chose, cet avantage sera sujet au rapport, et le bénéficiaire ne pourra même pas le retenir jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

De même, en cas d'aliénation avec réserve d'usufruit, mais moyennant un prix ferme, si ce prix avait été stipulé payable aux mains d'un tiers, par exemple d'un créancier de l'aliénateur, et que celui-ci en eût donné quittance, l'acte devrait être considéré comme un contrat à titre onéreux.

De ce que la disposition de l'art. 918 est de droit étroit, nous déduirons encore avec la jurisprudence ces diverses conséquences :

Qu'elle est inapplicable lorsque l'aliénation à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit a été faite à celui qui n'était pas successible au moment de l'acte, et ne l'est devenu que depuis ;

Qu'il n'y a pas lieu d'appliquer en cette matière les présomptions d'interposition de personnes de l'art. 914 du Code civil.

Mais la raison de la loi en exige l'application lorsque le successible bénéficiaire de l'acte renonce à la succession, aussi bien que lorsqu'il l'accepte. Dans tous les cas l'avantage qui résulte de cet acte doit être assimilé à un don par préciput, et doit être réduit à sa date.

**32.** — Le Code permet d'ailleurs, pour le cas où le contrat serait réellement sérieux, de le soustraire à la présomption de simulation et de gratuité : il suffira que les autres successibles, en consentant à l'aliénation, en aient reconnu la sincérité. Le texte restreint l'effet de ce consentement à ceux qui l'ont donné ; cependant nous admettrons volontiers que si tous les successibles existant lors de l'acte avaient donné leur consentement, il serait aussi obligatoire par ceux qui surviendraient plus tard : le droit à la réserve a été représenté tout entier par ceux qui en étaient investis.

Le consentement prévu par l'art. 918 peut être donné aussi bien après l'acte qu'au moment même. Bien plus, les autres successibles ont le droit de considérer l'acte comme sérieux et non simulé même contre le gré du bénéficiaire, lorsqu'il y ont intérêt. Supposons un immeuble vendu par le *de cujus* à son successible avec réserve d'usufruit, moyennant un prix ferme qui n'a point été payé ; cet immeuble a péri par cas fortuit. Les autres successibles pourront exiger le paiement de ce prix, sans que le bénéficiaire de l'acte ait le droit d'en invoquer le caractère simulé : les conventions occultes qui modifient le caractère ostensible de l'acte ne peuvent être invoquées contre les tiers (art. 1321) bien que ceux-ci puissent s'en prévaloir.

## VI.

**33.** — Il nous reste à examiner les dons ou legs faits à des successibles, en cas de réserve légale, à un dernier point de vue.



Le don ou legs fait à un successible, en tant qu'il porte sur sa part de réserve, ne fait que suppléer l'effet de la dévolution légale, et en conséquence, il ne peut changer les conséquences normales de cette dévolution légale. Chaque successible a droit à une portion déterminée des biens, qui doit lui être laissée entière, non seulement comme quantité, mais aussi comme qualité, et sans que le *de cuius* puisse restreindre en quoi que ce soit les effets de la transmission de propriété qui fût résultée de la succession *ab intestat*. La réserve ne peut être entamée ni par des libéralités faites à d'autres personnes, ni par des modalités apportées à son attribution.

De là plusieurs solutions formulées par la loi ou par la jurisprudence.

1° Les substitutions permises ne peuvent porter que sur la quotité disponible, et non sur la part de réserve du grevé (art. 1048);

2° La prohibition d'aliéner les biens donnés ou légués, aujourd'hui admise comme valable lorsqu'elle est simplement temporaire, serait sans effet en tant qu'elle porterait sur la réserve du successible donataire ou légataire. Il en serait de même de la clause d'insaisissabilité établie à l'encontre des créanciers du successible, même antérieurs à l'ouverture de la libéralité.

3° De même, est nulle la clause par laquelle le disposant voudrait soustraire les biens par lui donnés ou légués à la jouissance légale de l'art. 384, en tant qu'elle porterait sur la réserve; par exemple, si un père léguait tous ses biens à son fils mineur de 18 ans, avec cette modalité que la mère survivante n'en aurait pas la jouissance, l'exclusion de la mère ne vaudrait que pour la portion de biens imputable sur la quotité disponible;

4° De même encore, le *de cuius* ne peut, en ce qui concerne la portion de biens formant la réserve, déroger à l'effet des conventions matrimoniales du successible auquel il les transmet: si celui-ci est marié sous le régime de la communauté légale, la clause en vertu de laquelle les meubles donnés ou légués seraient exclus de la communauté sera valable jusqu'à concurrence de la quotité disponible (art. 1401, 1°), mais nulle pour la portion de biens imputable sur la réserve, tout aussi bien que la clause

inverse qui ferait tomber dans cette communauté des immeubles imputables sur la réserve. Si le successible réservataire est une femme mariée sous le régime dotal, avec constitution de ses biens présents et à venir, la clause par laquelle son auteur soustrairait les biens de sa succession à la dotalité sera encore nulle jusqu'à concurrence de la réserve.

Quelques-unes de ces solutions ont pourtant donné lieu à une objection :

Qu'on annule les clauses qui diminuent le droit du réservataire sur les biens destinés à former sa réserve, rien de plus naturel; mais pourquoi annuler aussi les clauses qui lui donnent un droit plus complet sur ces mêmes biens, notamment celles qui les feraient échapper à la jouissance légale, ou les lui réserveraient en propre au lieu de les faire tomber dans la communauté?

Cette objection ne devait pas prévaloir. Le principe que les conséquences de la dévolution légale ne peuvent être modifiées par le *de cuius* en ce qui concerne la réserve n'est pas seulement une conséquence logique de la règle même de l'indisponibilité. Mais il se justifie aussi par des considérations pratiques. Il n'est pas toujours sûr que l'attribution plus pleine en apparence que ferait le testateur soit plus avantageuse que la dévolution qui suivra les modalités établies par la loi ou par des conventions antérieures: est-il certain par exemple qu'il soit préférable pour un enfant mineur de capitaliser les revenus de ses biens que de les employer à lui donner une éducation conforme à sa fortune, en vertu des charges inhérentes à la jouissance légale? Vaut-il nécessairement mieux pour une femme mariée conserver en propre les biens qui lui ont été dévolus que de les laisser dans la communauté, qui pourra ainsi acquérir un développement plus prospère? Vaut-il mieux pour un débiteur garder des biens insaisissables, mais en même temps des dettes qui seront pour lui une cause perpétuelle de gêne et de honte, que de voir ces biens affectés à sa libération?

Il peut y avoir doute tout au moins; et dans ces conditions la prévoyance du testateur ne peut se substituer à celle de la loi, quand il s'agit de biens dont la dévolution dépend de cette loi, et non de sa volonté.

34. — Une autre conséquence de l'inviolabilité de la réserve, c'est qu'elle doit être laissée tout entière au réservataire, et d'une façon absolument inconditionnelle : c'est un *minimum* qui ne peut lui être enlevé.

Donc, toute *clause pénale* qui tendrait à restreindre un réservataire au-dessous de sa réserve légale pour le cas où il n'accomplirait pas telle ou telle disposition, doit être nulle et non avenue. L'indignité seule, dans les cas prévus par la loi, peut lui enlever son droit à la réserve.

Mais le motif de la loi indique la limite de la solution : la clause pénale formulée soit pour le cas où les dispositions du *de cuius* seraient critiquées par le réservataire, soit pour tout autre cas analogue, est annulée en tant seulement qu'elle doit avoir pour effet de ne pas lui laisser sa réserve entière : le respect de la réserve est la condition nécessaire et suffisante pour la validité des dispositions.

De là, la validité de toutes les clauses qui imposeront seulement au réservataire l'*option* entre l'exécution d'une disposition principale et la réduction à sa réserve. De semblables clauses deviennent très usuelles dans les partages d'ascendants. La loi elle-même établit cette option dans l'hypothèse prévue par l'art. 917, celle d'un don ou legs en usufruit ou rente viagère : le réservataire a alors le choix ou d'exécuter la libéralité telle qu'elle est faite, ou de faire l'abandon de la quotité disponible en pleine propriété.

35. — Le réservataire, avons-nous dit, ne peut être réduit au-dessous de sa réserve, ni au point de vue de la quotité, ni même au point de vue de la qualité des biens.

Aussi est-il admis sans contestation qu'on ne peut remplir un successible de sa réserve au moyen d'une disposition en usufruit en sa faveur. Tout usufruit est de sa nature une valeur aléatoire, et on ne pourrait être obligé de l'accepter comme l'équivalent d'un capital ferme, quand même, suivant les probabilités, il vaudrait davantage. Ainsi, qu'un successible ait une réserve d'un quart ou d'un cinquième, on ne pourra le forcer à se contenter de l'usufruit, même de la totalité des biens ; s'il est possible, en effet, que cet usufruit représente plus que la réserve, il est éga-

lement possible qu'il ait une valeur infiniment moindre, si par exemple, le réservataire usufruitier vient à mourir aussitôt après avoir recueilli.

Le *de cuius* pourrait cependant, comme nous l'indiquions tout à l'heure, laisser au réservataire l'option entre l'acceptation d'une libéralité en usufruit, et la réduction à sa réserve en pleine propriété. Mais cette option n'est pas ici suppléée par la loi, comme dans l'hypothèse inverse de l'art. 917. En conséquence, l'héritier au préjudice duquel on aura disposé de la nue-propriété au-delà de la quotité disponible, ne sera pas obligé de choisir entre l'exécution de la libéralité ou l'abandon de la quotité disponible en pleine propriété. Il y aura lieu de suivre la solution généralement admise par notre ancienne jurisprudence, c'est-à-dire que la libéralité en nue-propriété sera réduite de la même façon que si elle était en pleine propriété. Soit par exemple un père ayant deux enfants, et laissant, soit à l'un d'eux par préciput, soit à un tiers, la nue-propriété de la moitié de ses biens; la quotité disponible est du tiers; la libéralité devra être réduite au tiers de la nue-propriété. On ne pourra, en effet, ni accorder l'exécution de la libéralité entière (car la moitié en nue-propriété peut excéder le tiers en pleine propriété, si l'usufruit vient à s'éteindre promptement), ni accorder au bénéficiaire le tiers en pleine propriété, puisque le disposant n'a voulu donner que de la nue-propriété. Force est donc de réduire la disposition en nue-propriété comme si elle était en pleine propriété.

Le législateur aurait pu, il est vrai, imposer alors une option analogue à celle de l'art. 917. Mais dès lors que le testateur n'a pas expressément établi cette option, la loi a eu raison de ne pas la suppléer; la disposition de l'art. 917 s'explique par une faveur spéciale pour les libéralités en usufruit, qui laissent toujours au réservataire une valeur certaine, et qui respectent le maintien de la propriété dans les familles; aucune faveur semblable n'était due aux dispositions en nue-propriété, qui laissent seulement au successible immédiat un avantage viager et aléatoire, et n'assurent pas l'avenir de sa postérité.

36. — Enfin, le vœu de la loi, c'est que la réserve de chaque enfant lui soit attribuée en biens de même nature que la masse de la

succession prise dans son ensemble, et s'il y a des biens de diverses natures (meubles et immeubles), qu'il en ait la même proportion que les autres ayant-droit. Ainsi seulement il aura sa réserve intacte comme qualité aussi bien que comme quantité.

Cependant ce n'est là qu'un *desideratum*, qui comporte certains tempéraments nécessaires.

Tout d'abord, si les dons et legs faits à des tiers ou ceux qui ont été faits par préciput à l'un des immeubles n'excèdent pas la quotité disponible, ils échappent à toute réduction : et en conséquence, alors même que ces dons ou legs porteraient sur des immeubles, et qu'il ne resterait dans la succession que des valeurs mobilières, les héritiers réservataires devront se contenter de prendre leur réserve sur ces valeurs mobilières.

Dans le cas même où les libéralités auraient entamé la réserve, la réduction, qui a lieu en principe en nature, se ramènerait à la remise d'une somme d'argent, si les immeubles donnés avaient été aliénés au profit de tierces personnes, soit que la libéralité eût été faite à un successible (art. 860), soit qu'elle eût eu lieu au profit d'un étranger (art. 930).

Mais, sauf ces tempéraments, la réserve de chacun doit lui être attribuée autant que possible en biens de même nature que le surplus ; et de là nous déduirons notamment que si une libéralité réductible en partie comprend des meubles et des immeubles, la réduction devra être faite autant que possible de façon à respecter la proportion indiquée.

37. — Cette manière de voir doit surtout être appliquée dans les rapports des différents successibles donataires.

Nous en trouvons une application dans les articles 924 et 866.

Quand un des réservataires est donataire d'immeubles par préciput, il peut les garder jusqu'à concurrence de la quotité disponible ; mais pour tout l'excédant, il doit les remettre en nature dans la masse, à moins qu'il n'y ait dans la succession d'autres immeubles pour allouer ses cohéritiers, ou encore qu'on ne se trouve dans ce cas exceptionnel où les immeubles donnés seraient impartageables, et où la valeur de la partie à garder comme imputable sur la quotité disponible dépasserait celle de la portion à remettre.

Le donateur pourrait-il déroger à cette règle ? pourrait-il, en faisant un préciput qui excéderait la quotité disponible, ou bien un avancement d'hoirie à l'un de ses héritiers, le dispenser du rapport en nature ?

Nous ne le pensons pas : les art. 866 et 924 n'indiquent pas ce tempérament : d'autre part, il s'agit là de la portion indisponible, sur laquelle le *de cuius* n'a pas de pouvoir de disposition proprement dit ; il ne peut faire que des avancements d'hoirie, essentiellement soumis au rapport, et ne peut pas changer les conséquences de la dévolution légale.

Cette raison nous semble le plus fort argument, sinon le seul absolument probant, en faveur de l'opinion qui impose aux partages d'ascendants, à peine d'action en nullité, l'observation des art. 826 et 832 du Code civil.

Nous n'entrerons pas dans l'examen détaillé de la controverse, et notamment des raisons d'utilité pratique qui, au point de vue législatif, exigeraient qu'on laissât au père de famille une liberté plus grande dans la composition des lots. Nous ferons seulement remarquer que les art. 826 et 832 semblent contenir une recommandation plutôt qu'une règle impérative : « on doit éviter, *autant que possible*, de morceler les héritages ; *il convient* de faire entrer dans chaque lot, *s'il se peut*, la même quantité de meubles, d'immeubles », etc. Ces règles, qui seraient souvent contradictoires si on les appliquait en faisant abstraction des expressions facultatives de la loi (car le moyen d'éviter de morceler les héritages est la plupart du temps d'attribuer à chacun une quantité différente d'immeubles), ne sont point sanctionnées par une nullité légale. Quand les cohéritiers opèrent un partage amiable, il est certain qu'ils peuvent s'en affranchir, tandis qu'ils ne pourraient pas, par exemple, renoncer à la rescision pour cause de lésion.

Si donc le père de famille est soumis à l'observation de ces règles, ce n'est pas en vertu des règles seules du partage. C'est parce qu'il opère sur la réserve, en même temps que sur le disponible, et qu'il ne peut imposer de ce chef à ses enfants une dérogation aux conséquences régulières de la dévolution légale. Ce n'est donc pas par une action en nullité, c'est par une applica-

tion, *mutatis mutandis*, des principes du rapport et de la réserve, que nous justifierons la solution.

37. — Cette manière de voir étant admise, nous en déduirons les conséquences suivantes :

1° Le partage fait contrairement aux art. 826 et 832 pourrait être attaqué, non seulement s'il était fait par testament, mais aussi, contrairement à l'opinion généralement admise, s'il était fait par une donation entre-vifs acceptée par tous les descendants : tout pacte au sujet de la réserve est nul s'il est fait du vivant du *de cuius*. Mais il en serait autrement si le *de cuius* avait abandonné ses biens en bloc à ses enfants ou successibles, et que ceux-ci en eussent opéré le partage amiable sans tenir compte des art. 826 et 832 : alors en effet, tous auraient reçu du père de famille, non des biens déterminés, mais des fractions idéales nécessairement égales entre elles, et quant à la quotité et quant à la nature des biens : c'est par un acte de leur seule volonté qu'ils ont ensuite transformé ces fractions idéales en un droit sur des biens déterminés ; par la même raison qui conduit en pareil cas à apprécier la lésion de plus du quart au moment du partage et non du décès, il faut voir dans ce partage l'œuvre des enfants seuls, indépendante de la dévolution faite par anticipation par le père de famille.

2° A notre avis, le partage ne pourrait plus être attaqué en vertu des art. 826 et 832, si l'enfant qui a reçu des immeubles en sus de sa part normale les avait aliénés. Il en serait ainsi incontestablement si le père de famille, au lieu de prendre la forme du partage, avait fait à chacun de ses enfants des avantages séparés (art. 860, 930). Or, nous l'avons dit, les art. 826 et 832 ne prononcent pas la nullité en tant que partage de l'acte qui aurait méconnu leurs prescriptions ; ce sont uniquement les règles du rapport des biens compris dans la réserve qui permettent de faire remettre les choses dans l'état primitif ; peu importe dès lors qu'il s'agisse d'un partage ou de libéralités séparées.

3° La composition irrégulière des lots, quant à la nature des biens, ne donne lieu à réclamation qu'en tant qu'elle ne pourra pas se justifier par une imputation sur la quotité disponible ; et cette interprétation, la plupart du temps, devra empêcher toute action de ce chef contre le partage.

Quelques hypothèques vont le démontrer.

A. Un père de famille a deux enfants; sa fortune se compose d'immeubles d'une valeur de 30,000 francs, que nous supposons aisément partageables, et de 60,000 francs de valeurs mobilières. Par un testament-partage il attribue à l'un de ses enfants tous ses immeubles, et des valeurs mobilières pour 15,000 francs; il donne à l'autre le surplus des valeurs mobilières valant 45,000 francs.

Remarquons d'abord que le père de famille aurait pu donner à l'un de ses enfants par préciput et hors part la totalité de ses immeubles valant 30,000 francs, et que cette libéralité n'aurait été soumise à aucune réduction. A plus forte raison peut-il lui donner les mêmes biens sans clause de préciput, mais en le dispensant d'en faire le rapport en nature. Qui peut le plus peut le moins. Objectera-t-on que le père de famille n'a pas alors voulu faire des avantages séparés, mais opérer un partage, et dès lors s'est soumis à toutes les règles du partage? que de même que son acte serait attaquant pour cause de lésion de plus du quart, alors même qu'il n'en résulterait pas d'atteinte à la réserve, de même il doit être attaquant pour violation de l'art. 832? Nous répondrons toujours la même chose : l'art. 832 ne vise pas une nullité de partage; dès lors on doit donner à la volonté du père de famille tout l'effet dont elle est susceptible d'après les principes du droit; or, par cela seul que le père a fait un partage d'ascendants, c'est-à-dire un acte qui devait suppléer et exclure toute distribution ultérieure, il a forcément entendu dispenser ses enfants d'un rapport en nature qui serait le préliminaire d'un nouveau partage.

B. Supposons encore deux enfants, des immeubles valant 45,000 francs, et facilement divisibles, et des valeurs mobilières pour pareille somme. Le testament-partage attribue à l'un des enfants tous les immeubles, à l'autre toutes les valeurs mobilières.

En ce cas, nous autoriserons l'enfant alloué en immeubles à les garder jusqu'à concurrence de 30,000 francs, comme étant dispensé du rapport en nature. En conséquence, il devra avoir 37,500 francs d'immeubles et 7,500 francs de valeurs mobilières; l'autre enfant aura 7,500 francs d'immeubles et 37,500 francs de valeurs mobilières.



C. Enfin, soit la même hypothèse, mais avec cette modification que les immeubles ne peuvent être partagés commodément et sans dépréciation.

En ce cas, et par application de l'art. 866.2<sup>o</sup>, il faudra autoriser l'enfant alloti en immeubles à les garder intégralement, et par conséquent maintenir le partage tel quel.

Ces solutions nous semblent résulter de la volonté du père de famille, encore qu'il ne l'ait pas exprimée. Il n'y a pas ici à tirer argument de ce que le partage d'ascendant est rescindable pour cause de lésion. Quand le père de famille n'a pas fait de préciput, on doit supposer qu'il a voulu l'égalité entre ses enfants; s'il a lésé quelqu'un d'entre eux, c'est par suite d'une erreur involontaire de sa part; donner alors l'action en rescision, c'est en réalité exécuter la volonté du père de famille, en rectifiant cette erreur. Mais dans le cas où le père a fait des allotissements en biens de natures diverses, il n'y a pas d'erreur possible; sa volonté est bien que les allotissements divers soient respectés, et la loi seule peut en empêcher l'effet en limitant son pouvoir de disposition.

Dans tous les cas, si l'on ne veut pas admettre nos solutions en l'absence d'une disposition formelle du testament, il nous semble évident que le père pourrait soustraire le partage, dans les limites que nous avons indiquées, à toute attaque fondée sur l'art. 832; il lui suffirait de déclarer qu'en tant que de besoin il donne et lègue à chacun de ses enfants les biens formant son lot avec dispense du rapport en nature. Il lui est permis en effet de combiner dans le même acte des dispositions par préciput avec le partage proprement dit: il lui serait loisible de réduire un ou plusieurs de ses enfants à leur réserve, soit purement et simplement, soit pour le cas où ils n'accepteraient pas le partage. A plus forte raison, sans aller jusqu'à cette sanction extrême, peut-il établir que les enfants n'auront pas droit au rapport en nature jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Qu'il le fasse sous la forme d'avantages séparés ou sous la forme de partage, il faut aller au fond des choses, et n'annuler que ce qui est défendu par la loi. Dès lors que le père ne viole pas les règles de la réserve, ses dernières volontés, pourvu qu'elles soient certaines, doivent être exécutées.

LÉOPOLD THÉZARD.

**L'EXCEPTION DE JEU .**

(Articles 1965 et 1966 du Code civil)

PAR M. ALFRED DE COURCY.

De récents événements financiers ont remis à l'ordre du jour une question qui n'est pas nouvelle, celle de la légalité des opérations de Bourse, que, par une véritable confusion de l'entendement, on confond si souvent avec les marchés à terme. Je m'étonne que depuis tant d'années on n'ait pas su résoudre simplement une question aussi simple. Elle touche aux plus graves intérêts de la fortune publique, de la liberté, ainsi que de la loyauté des conventions privées. Elle n'a rien de politique ni rien d'irritant, elle n'est la question d'aucun parti. Tous les hommes compétents sont d'accord. Et cependant, depuis un demi siècle et davantage, la question se pose incessamment sans être résolue. On la laisse livrée aux contradictions d'une jurisprudence qui s'embrouille et s'égare dans la recherche des intentions, dans un labyrinthe de textes surannés, d'arrêts du Conseil de 1724 et 1783 et d'autres monuments gothiques. On n'est pas parvenu à dire une bonne fois que tous les spéculateurs seront tenus de remplir leurs obligations, et ne pourront pas s'y soustraire par l'improbité. La Chambre des députés tarde à voter, sur la proposition de sa Commission et du Gouvernement, l'axiôme de justice et de bon sens formulé en ces termes ;

« Tous marchés à termes sur effets publics et autres, tous  
« marchés à livrer sur denrées et marchandises sont reconnus  
« légaux.

« Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article 1965 du Code civil. »

Assurément, je souhaite que cette disposition soit votée au plus tôt. Elle devrait l'être à l'unanimité, sans discussion, car la discussion est épuisée. On épargnerait bien des litiges pénibles et scandaleux.

Toutefois, ce ne serait, à mon avis, qu'une mesure assez étroite. On ajouterait une exception aux exceptions de l'article 1966. La conséquence, assez difficile à justifier sous cette forme, serait même que l'article 1966 pourrait être rédigé comme suit :

« Les jeux propres à exercer au fait des armes, etc....., et les jeux de bourse sont exceptés de la disposition précédente. »

Il y a une question bien plus générale et plus haute que je soulève à cette occasion. En l'état actuel de nos mœurs, convient-il de maintenir l'article 1965 et l'illégalité des dettes de jeu ? Je suis amené, par l'observation des faits plus encore que par la logique, à résoudre cette question négativement, et je demande avec une vive conviction l'abrogation de l'article 1965.

Il est à propos de rechercher d'abord quelle a été la pensée du législateur en édictant cette disposition générale de l'article 1975 : « La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari. »

Puis, j'examinerai si les résultats et les mœurs doivent inspirer la continuation de la même pensée au législateur d'aujourd'hui.

Le jeu, en lui-même, n'a rien de délictueux. Il n'est réprimé par aucune loi pénale. Je ne parle pas des lois de police interdisant les maisons de jeux dans des circonstances définies. Il n'est pas non plus repréhensible en lui-même devant la morale, comme beaucoup d'actes d'immoralité qui échappent à la répression. C'est l'abus et l'excès qui font l'immoralité du jeu. Je le comparerais volontiers sous ce rapport à la boisson. L'usage du vin est d'une parfaite innocence, l'abus devient la passion honteuse, le vice dégradant de l'ivrognerie. Le jeu devient aussi, par l'abus, une passion et un vice. Il est aussi une ivresse.

Je ne vois pas que le législateur ait jamais songé à refuser une action aux créances des marchands de vin, en permettant aux ivrognes de satisfaire leur passion sans payer leurs dettes. Pourquoi l'a-t-il permis aux joueurs ?

Pas à tous. Il y a des jeux que la loi prend sous sa protection, qui non seulement ne sont pas des vices, qui sont presque des vertus civiques. Ce sont ceux de l'art. 1966, « les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariots, le jeu de paume et autres jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps. » Ici les gagnants auront une action en justice contre les perdants. On se croit transporté dans l'antiquité, on assiste aux jeux olympiques. Les courses à pied et en chariot, et peut-être, par la dis-

position générale, les courses en sacs ou aux canards de la foire et les parties de billard créeront des obligations légales. Le jeu de paume, qui a déjà l'honneur d'avoir donné son nom à l'une des journées fameuses de la Révolution, a cet autre honneur insigne d'une mention expresse au Code civil.

Il y a des exceptions dans l'exception. L'art. 1966 ajoute : « Néanmoins le tribunal peut *rejeter* la demande, quand la somme « lui paraît excessive. » Je remarque que le texte dit *rejeter* ; il ne dit pas *réduire*. La faculté de *rejeter* comprend-elle celle de *réduire* ? C'est une question pour les commentateurs et la jurisprudence. Les formalistes, sectateurs à outrance du texte, soutiendront que le tribunal ne peut que *rejeter* la demande, les indépendants de l'interprétation par le bon sens soutiendront qu'il peut la *réduire*, et que le plus renferme le moins. Dans les deux opinions, le tribunal est arbitre souverain de l'obligation.

On conviendra que tout cela est bizarre, surtout si l'on réfléchit que, des énumérations de l'art. 1966, il ne reste dans nos mœurs que les courses de chevaux. Là précisément se pratique un jeu effréné, par des gens d'une moralité assez suspecte. C'est le seul jeu de nos jours qui soit réputé honorable et vertueux. Les opérations de messieurs les *bookmakers* sont sous la protection de la loi. On y ajoutera les opérations de messieurs les agioteurs de la Bourse, quand sera votée la loi dont je souhaite l'adoption. Mais les joueurs de la roulette et du baccarat resteront consignés à la porte du tribunal, et les perdants se dispenseront de payer leurs dettes lorsqu'il leur en prendra fantaisie.

Si j'écarte la réminiscence de l'antiquité qui a dicté l'archaïsme de l'art. 1966, je me demande encore quel a été le motif du législateur pour refuser toute sanction aux obligations du jeu. Je n'attache aucune importance à cette banalité qu'il ne serait pas de la dignité de la Justice de régler les différends des joueurs. La Justice règle bien des choses plus malpropres. Elle ne manque pas à sa dignité en connaissant de tous les délits et de tous les crimes, et, par l'art. 1967 du Code civil, elle est bien forcée de connaître des disputes des joueurs, lorsque le perdant, même après avoir payé, allègue le dol, la supercherie ou l'escroquerie du gagnant.

Le législateur a certainement voulu circonscrire dans la mesure du possible, entraver, modérer la passion du jeu, qu'avec raison il juge funeste. Il a espéré que les joueurs seraient moins entraînés lorsqu'ils ne pourraient jouer qu'argent sur table, lorsqu'ils n'auraient pas les ressources indéfinies du crédit et de la promesse, lorsque le gagnant n'aurait aucune action pour se faire payer et serait à la merci du perdant, libre de ne pas remplir son obligation. Il semble en effet, *a priori*, que cela devrait rendre plus circonspect. Mais est-ce qu'on est jamais circonspect dans les entraînements du jeu ? Quelqu'un prétendra-t-il que la passion du jeu a été efficacement combattue par l'art. 1965 ? Non, le contraire est notoire. Il est certain que le législateur a complètement manqué son but.

Il est remarquable que c'est à la Bourse que l'art. 1965 aurait le plus d'efficacité, parce que là il y a des garants des marchés, les intermédiaires, que ces garants ne sont pas les joueurs; sont plus calmes, moins entraînés, et doivent y regarder à deux fois avant de garantir des clients douteux et des marchés excessifs. Or, c'est pour la Bourse seulement que l'on propose d'abroger l'art. 1965, ce qui est une anomalie.

Si le législateur a manqué son but, en revanche il a produit deux résultats, tous deux déplorable.

Le premier est un scandale d'immoralité, et un scandale judiciaire. L'honnête homme n'invoque jamais l'art. 1965. C'est l'improbité qui l'invoque, c'est à l'improbité que les tribunaux sont obligés de faire gagner on procès, quand il y a litige, quand le créancier irrité assigne un débiteur récalcitrant, ne fût-ce que pour lui infliger un affront public.

Parmi les monuments très nombreux de la jurisprudence, il y a trois arrêts mémorables de la Cour d'Aix, en date du 13 mai 1857, qui font encore autorité et qui éclairent admirablement tous les côtés de la question.

Un simple portefaix de Marseille avait fait de grands marchés de blés. Il avait eu du crédit puisqu'il avait trouvé des contractants. Il en avait encore, puisqu'il payait des avocats jusqu'en appel pour soutenir trois procès. Il invoquait l'art. 1965 afin d'être dispensé de payer les différences de ses marchés, en soutenant

qu'ils n'avaient été qu'un jeu. Il avait succombé devant le tribunal de commerce de Marseille. Il plaidait avec impudence sa mauvaise foi, dont, par l'incontestable évidence du jeu, la Cour se croyait forcée de lui adjuger le bénéfice.

« Attendu, disent les trois arrêts, que dans plusieurs places de commerce et notamment à Marseille, il s'est introduit sur la hausse et la baisse des blés un jeu semblable à celui qui se fait sur les rentes, et que pour le couvrir, les joueurs simulent des marchés à terme.

« Attendu que si les tribunaux doivent assurer l'exécution des marchés à terme, lorsqu'ils constituent des opérations sérieuses et des ventes réelles, la loi leur fait un impérieux devoir de réprimer les marchés fictifs qui doivent nécessairement se résoudre en simples réglemens de différences ; que ces opérations illicites et dangereuses, dont les joueurs s'efforcent de couvrir la nullité sous les dehors trompeurs d'un marché à terme ou de tout autre contrat sérieux, dénaturent les transactions commerciales, modifient d'une manière arbitraire les cours, excitant la mauvaise foi des joueurs qui peuvent impunément se jouer des engagements pris et de la parole donnée ; que ces opérations ne blessent pas moins les véritables intérêts du commerce et des consommateurs que la morale publique..... »

Il serait difficile d'être plus sévère pour les opérations du portefaix agioteur, c'est presque de l'invective. Mais c'est ici qu'éclate le premier vice de l'art. 1965. Comment la Cour va-t-elle s'y prendre pour venger la morale publique, pour réprimer les marchés fictifs qu'elle flétrit, pour empêcher la mauvaise foi de se jouer impunément de la parole donnée ? Elle donne gain de cause au portefaix, elle l'exonère de sa dette, elle condamne en tous les dépens ses adversaires. Il ne réclamait pas autre chose. Il est amplement consolé des sévérités de la Cour, il ne lui demandait pas des compliments. — Infligez-moi la honte, mais épargnez-moi le paiement. — C'était sa plaidoirie. Affranchi d'une dette importune et gardant les gains acquis dans des jeux antérieurs, il aura pu se construire une bastide et y vivre paisiblement devant la mer bleue, en élevant ses enfants dans le res-

pect des lois protectrices. On conviendra que c'est une singulière répression.

Je ne sais pas de démonstration plus saisissante du vice de l'inspiration de l'article 1965. Sous prétexte d'un hommage à la morale publique il aboutit au triomphe de l'improbité. Si le jeu est un délit, il convient de le punir, de le déferer aux tribunaux et non pas de le soustraire à leur action. S'il n'est pas un délit, il ne convient pas d'affranchir les joueurs de mauvaise foi de leurs obligations et de la responsabilité de leurs actes.

Le second résultat est peut-être encore plus fâcheux. Je ne me souviens pas d'avoir vu introduire dans la discussion une considération de haute morale sociale dont je suis particulièrement touché. Elle est pour moi tout à fait décisive.

L'article 1965 a créé le préjugé des dettes d'honneur. Précisément parce que la loi refuse une sanction aux dettes de jeu, l'opinion les a placées sous la sanction de l'honneur. Le joueur ne pouvant pas être saisi ni poursuivi n'est justiciable que de l'affront, la plus dure, la plus implacable des condamnations, pour qui n'a pas la sérénité d'esprit du portefaix de Marseille. Il n'a même pas la ressource des délais de la procédure, qui permettent de se procurer d'autres ressources, ni celle des atermoiements. Il faut payer, sous peine d'être affiché au cercle, sous peine de l'affront d'être expulsé.

Aussi, avec quelles angoisses il s'efforce d'échapper à l'affront ! C'est pour y échapper qu'il joue encore, qu'il joue plus gros jeu, dans l'espoir de se rattraper, et qu'il se plonge dans l'abîme. Il aurait pu n'y pas tomber, s'arrêter sur le bord, s'il avait eu un délai. L'échéance fatale, inexorable, ne lui permet pas de s'arrêter, et il tombe, pour ne pas se relever.

De là une série d'autres conséquences, qui toutes sont immorales, et une véritable perturbation de l'honneur. Les dettes les moins honorables sont les plus sacrées, celles pour lesquelles on réserve tout son crédit. Le tailleur, le carrossier, le bijoutier trop confiants attendront. Ils attendront si bien qu'ils pourront être réduits à la faillite, victimes innocentes d'un jeu auquel ils n'ont pas participé. Le joueur ne s'en trouble pas, ni personne autour de lui. Qu'importe à l'honneur qu'on ne paye pas ses fournisseurs ?

Ce qui importe, c'est de payer sa dette de la nuit. C'est pour la payer que le joueur va, éperdu, s'humilier en implorant l'assistance de ses amis, s'il a des amis, ou que, s'il a une mère, il la presse, il la conjure, il la menace, il la désole, et trop souvent il la ruine.

Supprimez l'article 1965, les dettes de jeu perdront ce caractère sacré de dettes d'honneur, elles seront des dettes comme toutes les autres. Je ne dis pas que le préjugé disparaîtrait aussitôt. Les préjugés sont tenaces et ne s'évanouissent pas au gré d'un coup de baguette législative. Je ne fais aucun doute qu'il n'éprouvât aussitôt une diminution, et qu'il ne tendît à s'effacer graduellement. Il ne serait qu'un effet sans cause. Le joueur malheureux n'étant plus serré à la gorge par la menace de l'affront serait moins affolé, moins éperdu. Il pourrait s'arrêter sur le bord de l'abîme. Il offrirait un à-compte, il demanderait des délais, il présenterait des gages, il aurait les ressources de tous les débiteurs embarrassés. Le point d'honneur n'aurait pas de base, — comme la déloyauté n'aurait plus d'asile dans la loi.

Si je rencontre un contradicteur, je le supplie de m'expliquer quels sont les bienfaits sociaux de l'article 1965, en regard des affligeants désordres que j'ai signalés. Je ne connais pas ces bienfaits.

La morale publique resterait d'ailleurs protégée par les principes généraux du droit, notamment par l'exception de dol, qui laisse au juge une grande latitude d'appréciation des manœuvres dolosives. Le dol est une cause de nullité des obligations qu'il a surprises. Si un maquignon, après avoir enivré un jeune homme prodigue, lui vendait pour cent mille francs une rosse ou lui arrachait un pari de cent mille francs aux courses d'Enghien, je ne pense pas que, nonobstant la disposition de l'article 1966 en faveur des courses de chevaux, les tribunaux se crussent obligés de faire respecter ce contrat. Si les maquignons émérites d'autres jeux enivraient d'autres naïfs, ceux-ci seraient bien mieux protégés par les tribunaux que par la législation qui en leur refusant le recours aux tribunaux, ne leur offre que la ressource de nier une dette d'honneur.

Je supplie aussi de ne pas se méprendre sur ma pensée. Je



suis amené à me prononcer, avec les hommes de Bourse, pour la légalité des jeux de Bourse, et de plus pour la légalité de tous les jeux et paris, pour l'abrogation de l'article 1965, pour la suppression des bizarres exceptions des courses en chariot et du jeu de paume. Ce n'est certes pas par indulgence pour les agioteurs de la Bourse ni pour les autres joueurs. Témoin des mœurs de mon temps, constatant non seulement l'impuissance, mais les déplorables résultats de la législation actuelle, je recherche le moindre mal. Sans hésiter, je préfère la compétence des juges à leur dédaigneuse incompétence. Je préfère, à la sanction d'un honneur solitaire, cruel quand il n'est pas foulé aux pieds, le grand jour des débats judiciaires. Je demande des juges pour toutes les obligations contractées. Je souhaiterais de voir s'éteindre ce préjugé immoral et funeste, seul résultat pratique de l'article 1965, qui fait que les dettes dont la source est la moins pure sont des dettes d'honneur.

ALFRED DE COURCY.

#### DE LA PLAINTÉ DE LA PARTIE CIVILE DEVANT LE JUGE D'INSTRUCTION

Par M. Henri PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry.

Si le projet de loi sur la réforme du Code d'instruction criminelle déjà voté par le Sénat s'est efforcé avec juste raison d'assurer aux prévenus des garanties plus étendues que celles qu'ils possèdent aujourd'hui, il a en revanche singulièrement amoindri celles qui de tout temps ont appartenu aux parties civiles. Le nouvel article 44 dispose en effet que « hors le cas de flagrant délit, le juge d'instruction n'est saisi que par les réquisitions du procureur de la République, sauf ce qui est dit aux commissions rogatoires. » Ainsi disparaît pour les citoyens lésés par un crime ou par un délit le droit consacré par le Code d'instruction criminelle de porter plainte devant le juge d'instruction et, en se constituant parties civiles, de provoquer une information au sujet des faits qui leur ont porté préjudice. La pensée du Sénat a été, du reste, formulée avec une saisissante netteté par le rapporteur de la commission : « L'État, a-t-il dit, ne doit pas aux particu-

liers ses juges d'instruction » (séance du 10 mai 1882). Si donc la Chambre des députés, contrairement aux conclusions de sa commission, ne modifie pas le texte de loi soumis à ses délibérations, c'en sera fait d'une garantie qui depuis des siècles est la sauvegarde des droits des citoyens.

Notre époque autoritaire et centralisatrice ne serait-elle donc capable de progrès sur certains points qu'à condition de reculer sur certains autres, lorsque, par exemple, se dresse en face du législateur cette idole contemporaine, l'Etat, auquel il est trop souvent de mode de sacrifier les droits de l'individu et ne pourrait-on aujourd'hui s'accommoder d'un état de choses que le premier empire lui-même n'a pas trouvé trop libéral ?

Comment un système qui a pour lui un passé remontant à l'institution du ministère public, que l'ancienne législation et notamment l'ordonnance de 1670 ont toujours maintenu en vigueur, que toutes nos lois ont admis depuis 1789, a-t-il la singulière fortune d'être actuellement repoussé comme attentatoire à l'indépendance de ce ministère public avec le fonctionnement duquel il a toujours co-existé ?

C'est ce qu'il y a lieu d'examiner au point de vue historique et au point de vue doctrinal.

A l'origine des sociétés, c'est la victime, c'est la personne lésée qui poursuit tout à la fois la réparation du préjudice et la vengeance qu'elle prétend exercer. Plus tard, l'intérêt social avec la mission qui lui incombe d'assurer la répression au profit de la sécurité de tous se dégage, l'action publique prend naissance à côté de l'action privée, mais elle s'exerce sans l'absorber. Là où le peuple est libre, l'action publique, considérée comme un attribut de la souveraineté, est intentée par tous les citoyens, alors même que les faits incriminés n'ont causé aucun préjudice à celui qui agit pour le compte de la communauté. La victime n'en conserve pas moins le droit d'obtenir elle-même les légitimes réparations qui lui sont dues. C'est la procédure accusatoire telle qu'elle a fonctionné dans les républiques de l'antiquité, dans la Grèce, à Rome, et de nos jours en Angleterre et aux Etats-Unis. Là au contraire où les citoyens abdiquant leur part de souveraineté et négligeant de remplir leurs devoirs ont cessé d'agir dans

l'intérêt de la société, le juge a eu la faculté de se saisir et d'informer d'office, et un magistrat spécialement désigné par la loi a reçu la mission de poursuivre les crimes et les délits. Mais si la poursuite d'office émanée du juge ou d'un procureur général est devenue la règle le plus habituellement appliquée, le droit de la partie lésée a été maintenu. Pour que ses intérêts ne fussent point abandonnés sans défense à l'omnipotence de la partie publique, l'action privée a été conservée. Elle devait suppléer à l'insuffisance ou aux défaillances de la poursuite d'office. C'est le régime qui a été en vigueur dans notre pays depuis la création des parlements et du ministère public jusqu'à 1789. Durant la période même où la royauté est devenue absolue, l'action publique n'a jamais appartenu exclusivement aux agents du pouvoir : si seuls ils ont pu l'exercer, l'offensé a toujours eu la faculté de la mettre en mouvement par la plainte qu'il portait au juge et sur laquelle celui-ci était tenu d'informer.

Tels sont, en ce qui concerne les droits de la partie civile, les enseignements de l'histoire jusqu'à la Révolution. Il faut lire dans tous ses développements le remarquable tableau qu'en a tracé M. Faustin Hélie dans son *Traité de l'instruction criminelle* (t. II). La législation intermédiaire n'eut garde de méconnaître le droit des parties lésées. Nous devons insister sur ce point d'autant plus qu'il peut paraître étrange qu'à notre époque on veuille rompre en visière avec les errements législatifs de 1789 et de la Révolution.

La loi des 16-29 septembre 1791, dans l'article 1<sup>er</sup> du titre V dispose « que tout particulier qui se prétendra lésé par le délit d'un autre particulier pourra porter ses plaintes à la police, devant un juge de paix ou un des officiers de gendarmerie désignés par la loi. » Aux termes des articles 6, 7, et 20 du même titre, le juge de paix ou l'officier de police qui a reçu la plainte, reçoit également les dépositions des témoins produits par l'auteur de cette plainte : il est tenu d'ordonner que les personnes et les lieux seront visités et qu'il en sera dressé procès-verbal. S'il exerce ses fonctions dans le lieu du délit ou de la résidence habituelle ou momentanée du prévenu, il peut, selon les charges, décerner un mandat d'arrêt ou un mandat d'amener. Le refus de

délivrer ces mandats doit être constaté par écrit et le plaignant a la faculté, en ce cas, de porter directement son accusation devant le jury du district.

Le Code du 3 brumaire an IV n'est pas moins explicite en ce qui touche les droits de la partie civile et l'obligation d'informer sur sa plainte. En vertu des articles 94 et 95 : « Tout citoyen qui se prétend lésé par un délit emportant par sa nature une peine afflictive et infamante, peut en rendre plainte devant le juge de paix du lieu du délit ou devant celui de la résidence du prévenu. La même faculté a lieu relativement aux délits dont la peine n'est ni afflictive, ni infamante, pourvu qu'elle excède la valeur de trois journées de travail ou trois jours d'emprisonnement. » Il est vrai que suivant l'article 97, la plainte ne suffit pas à elle seule pour autoriser le juge de paix à décerner un mandat d'amener, mais ce magistrat est tenu d'entendre les témoins indiqués, de procéder aux perquisitions et visites nécessaires et de dresser tous procès-verbaux utiles. La loi de pluviôse an IX déclare nettement que les plaintes des parties peuvent être adressées aux juges de paix et aux officiers de gendarmerie et qu'il n'est pas dérogré aux dispositions des lois antérieures qui n'ont rien de contraire à ces prescriptions. Ainsi la partie civile conserve le droit de plainte auprès des magistrats instructeurs et comme conséquence le droit de provoquer une information sur les faits qui forment l'objet de cette plainte.

Nous arrivons à l'Empire. Ce régime autoritaire va-t-il répudier le legs législatif du passé? Non, il a la sagesse de ne pas introduire dans le Code d'instruction criminelle les malencontreuses restrictions que le Sénat vient d'adopter. Telle est du moins la seule interprétation qu'à notre avis on puisse donner au texte de la loi. Comme la prétention du Sénat a été qu'il n'innovait pas et se bornait à restituer aux dispositions du Code d'instruction criminelle de 1808 leur sens et leur portée véritables, il y a lieu d'insister sur ce point que notre loi actuelle a maintenu pour les parties civiles qui se constituent régulièrement le droit de plainte et celui de provoquer une information. Il faut reconnaître toutefois que la loi ne contient à cet égard aucune sanction explicite.

Aux termes de l'article 3 du Code d'instruction criminelle, l'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. Il résulte manifestement de la généralité de cette disposition qu'elle s'applique aux crimes tout comme aux délits et aux contraventions et par suite qu'en matière de crimes l'action publique devant être portée, non pas directement devant la Cour d'assises, mais devant le juge d'instruction, c'est également à ce magistrat que sera déférée l'action de la partie civile. D'ailleurs, en supposant que les expressions générales dont se sert le législateur dans ce texte soient de nature à laisser planer un certain doute sur la question qui nous occupe, les articles 63, 66 et 70 du Code d'instruction criminelle ne permettent plus qu'il subsiste la moindre équivoque. La loi, en effet, accorde à toute personne qui se prétend lésée par un crime ou par un délit la faculté d'en rendre plainte et de se constituer partie civile devant le juge d'instruction soit du lieu du crime ou du délit, soit du lieu de la résidence du prévenu, soit du lieu où il pourra être trouvé. Les formalités de cette constitution de la partie civile sont minutieusement réglées et ensuite le juge d'instruction ordonne la communication de la plainte au procureur de la République pour être par lui requis ce qu'il appartiendra. Qu'est-ce à dire et toute cette procédure n'indique-t-elle pas suffisamment la pensée du législateur ? Le juge d'instruction ne se borne pas à transmettre la plainte de la partie lésée comme le fait un simple officier de police judiciaire : en sa qualité de magistrat instructeur, il la communique à la partie publique laquelle est tenue de requérir ce qu'il échet. Cette disposition implique pour le ministère public l'obligation formelle de renvoyer la plainte au juge d'instruction avec ses réquisitions. A quoi serviraient en effet ces diverses formalités, si le magistrat instructeur réduit à n'être vis-à-vis du procureur qu'un organe de transmission devait s'abstenir dans le cas où le parquet refuserait de requérir ou requérait qu'il n'y a lieu à suivre ? Le ministère public doit donner ses conclusions, car la justice a été régulièrement saisie d'une action par l'intermédiaire du magistrat instructeur, et il n'a pas qualité pour le dessaisir. Mais il est de principe que les réquisitions du parquet ne lient pas le juge,

d'où la conséquence qu'alors même qu'une ordonnance de non-lieu serait demandée, ce magistrat pourra procéder à une information et qu'ainsi l'action de la partie civile ne sera pas paralysée.

Il suffit pour se convaincre que telle est la véritable interprétation de la loi, de se reporter aux travaux préparatoires, et aux procès-verbaux des séances du Conseil d'État (V. Loqué, t. XXIV). Le 11 juin 1808, Cambacérés dont la participation à la rédaction du Code d'instruction criminelle a été si active s'exprimait ainsi : « La plainte ne peut être confondue avec la dénonciation. On doit sans doute laisser le procureur impérial libre de poursuivre ou de ne pas poursuivre un délit qui lui est dénoncé par un homme qui, n'étant pas blessé, n'a pas le droit d'en demander la réparation; mais lorsqu'un offensé se plaint, lorsqu'il se porte partie civile, il ne faut pas que le procureur impérial puisse le paralyser par un refus de poursuivre. La justice veut que, dans ce cas, on permette à la partie plaignante de recourir au juge instructeur. » Rien de plus explicite qu'un pareil langage.

Aussi la grande majorité des criminalistes, MM. Faustin Hélie, Dalloz, Trébutien, Boitard n'ont-ils pas hésité à reconnaître le droit de la partie civile de saisir le juge d'instruction par sa plainte. La jurisprudence n'a eu à se prononcer que bien rarement sur la question avant 1880. Nous connaissons deux arrêts sur cette matière, un de la Cour de cassation du 8 décembre 1826 et un autre de la Cour de Montpellier du 24 mars 1851. Le premier, assez peu net, consacre le principe bien constant de la liberté qui appartient au ministère public dans la direction des poursuites d'office, il adopte les motifs d'un réquisitoire formulé dans l'intérêt de la loi où se trouvent les considérations suivantes : « Le législateur n'a pu vouloir astreindre les officiers du ministère public à diriger des poursuites d'office, *et sans l'intervention des parties civiles*, sur toutes les plaintes même les plus légères et les plus insignifiantes, sur des plaintes qui n'intéressent point directement l'ordre public, et qui souvent n'ont d'autre but que de satisfaire des passions ou des haines particulières, des intérêts de vanité ou d'amour-propre, ou de procurer aux dépens de l'État, et sans

aucune espèce d'utilité pour l'ordre social, la réparation de quelques torts légers, éprouvés par des particuliers. » On conclut de ce que le ministère public peut s'abstenir de poursuivre lorsqu'il est seul à mettre en mouvement l'action publique, que l'intervention de la partie civile ne lui laisserait pas la même liberté d'allures. L'arrêt de Montpellier est beaucoup plus précis. Après avoir traité une autre question, il s'exprime en ces termes sur le point qui nous occupe : « Mais considérant qu'on ne saurait confondre l'exercice de l'action publique avec le droit de mettre cette action en mouvement ou d'en provoquer l'exercice ; que ce droit appartient incontestablement à la patrie civile, aux termes de l'article 63 du Code d'instruction criminelle ; qu'ainsi Jacques F... sur le refus du procureur de la République près le tribunal de Rodez de donner suite à sa dénonciation pouvait, en se constituant partie civile devant le juge d'instruction, provoquer une information dont les résultats devaient nécessairement être soumis à l'appréciation de la Chambre du conseil ; — Considérant que Jacques F... n'a encouru aucune déchéance quant à l'exercice de ce droit ; — Considérant qu'une instruction préalable sur les faits prétendus diffamatoires par Joseph B... pouvant être utile pour l'appréciation de l'action dirigée par ce dernier contre Jacques F... il y a lieu de surseoir à statuer sur la prévention durant l'instruction qui sera requise ou provoquée par qui il appartiendra.

« Par ces motifs, maintient le sursis ordonné par le premier juge durant l'instruction qui sera requise ou provoquée par qui il appartiendra, conformément à la loi ; ordonne que l'instruction dont il s'agit sera commencée ou provoquée dans le délai de quinzaine à partir de ce jour. »

En 1880, un certain nombre de congréganistes expulsés par suite de l'exécution des décrets portèrent plainte à raison de faits qui constituaient d'après eux le crime d'attentat à la liberté individuelle, et, selon la qualité des fonctionnaires dont ils incriminaient les agissements, ils s'adressèrent soit aux juges d'instruction, soit aux premiers présidents. Le droit des plaignants de provoquer une information en se constituant parties civiles fut presque unanimement reconnu (V. ordonnances des pre-

miers présidents de Bordeaux (11 août), de Pau (15 novembre), d'Aix (16 novembre). Le premier président de la Cour d'appel de Poitiers, à la date du 9 septembre, motivait son ordonnance en ces termes :

« Attendu que le législateur a entendu créer au profit des plaignants qui s'obligent à supporter les conséquences civiles de la procédure et prouvent, par cet engagement même, la gravité de l'intérêt qui les meut, la faculté de provoquer la mise en mouvement de l'action publique, sous la garantie de l'impartialité du magistrat instructeur ; qu'ainsi sont conciliés, d'une part, l'indépendance du ministère public dont la liberté de réquisition demeure entière et qui conserve la faculté de ne pas ajouter à sa plainte l'autorité de son appui ; d'autre part, la nécessité de garantir les droits des citoyens contre les refus de poursuivre qui pourraient, dans certains cas, et notamment en présence des difficultés et des retards entravant l'exercice d'une action devant la juridiction civile constituer un véritable déni de justice. » Les arrêtés de conflit qui intervinrent et furent confirmés plus tard portaient sur la nature administrative des actes critiqués : ils n'ont donc en aucune manière infirmé la doctrine des ordonnances sus-indiquées en ce qui concerne les droits des plaignants devant le magistrat instructeur.

La pratique de certains parquets et de certains juges d'instruction était en désaccord avec cette jurisprudence. Ces derniers, considérant que leur obligation d'instruire était dépourvue de sanction, attendaient trop souvent des réquisitions qui n'étaient pas faites et s'abstenaient, s'ils ne les recevaient pas. Mais en dépit d'errements sans autorité, puisqu'ils étaient la violation pure et simple de la loi, on doit tenir pour constant que les droits de la partie civile reposent sur de solides fondements.

Ce n'est pas le Gouvernement qui a proposé la restriction des droits de la partie civile. Dans son projet de loi, dans son exposé des motifs il les a admis intégralement, et, par un emprunt fait au Code d'instruction criminelle Autrichien, il a imposé plus énergiquement au juge d'instruction l'obligation de se saisir et d'instruire sur la plainte après la constitution de la partie civile. Deux années s'écoulèrent avant le vote du Sénat, années rem-



plies par les incidents qu'amenèrent l'exécution des décrets. Ces incidents ont-ils été sans influence sur la discussion qui les suivit? Toujours est-il que la commission sénatoriale proclama l'omnipotence du ministère public en matière de poursuites criminelles et correctionnelles, sauf pour ces dernières le droit de citation directe qu'elle n'osa pas supprimer. Comprenant toutefois ce que la nouvelle disposition pouvait présenter de dangereux, elle s'efforça de réfuter les objections qu'elle comportait de la manière suivante :

« Sans doute, il y a un certain péril à laisser le parquet seul maître de la poursuite dans les matières criminelles où la partie lésée n'a pas le droit de citation directe, et seul juge de l'opportunité d'une instruction préparatoire pour les délits. Mais, au-dessus du danger de son inaction que la pensée du devoir et la surveillance de l'opinion publique amoindrissent singulièrement, il faut placer le principe même de l'institution du ministère public dont la France a eu l'honneur et qui doit rester intacte. Le ministère public est le représentant des intérêts de la société; il a la charge de la vindicte publique; il est nécessaire qu'il en ait le privilège. Si de ses mains on laissait tomber la poursuite dans les mains des particuliers, on risquerait d'encourager des scandales inutiles, de honteux chantages et de basses vengeances. L'action directe accordée au plaignant devant les tribunaux correctionnels a son correctif dans la publicité de l'audience; une ordonnance de non-lieu équivoque ou une condamnation tardive à des dommages intérêts ne relève pas toujours d'une accusation. »

Ces considérations ont enlevé les suffrages du Sénat. Elles ont également déterminé l'adhésion de la Commission de la Chambre des députés dont voici le langage dans le rapport déposé le 15 novembre 1883 :

« Lorsqu'il s'agit de simples délits, la partie lésée peut saisir directement la justice et mettre ainsi en mouvement l'action publique. Par quelle singulière anomalie, lorsqu'il s'agit de crime et que l'intérêt par conséquent est plus grave, la partie lésée se trouve-t-elle désarmée et réduite à une plainte qu'il dépend du ministère public de laisser sans effet? Sans aller jusqu'à lui

donner le droit de saisir la Cour d'assises, quel inconvénient sérieux peut-il y avoir à obliger le juge d'instruction d'informer sur sa plainte? Si cette plainte est sans fondement, il dépendra toujours du juge de l'écarter dès le début par une ordonnance de non-lieu, et il ne semble pas que les tiers exposés à un commencement d'information doivent avoir plus à souffrir que d'une poursuite publique devant le tribunal de police correctionnelle suivie d'acquiescement.

« Dans ce cas, comme dans l'autre, l'obligation imposée au plaignant de se porter partie civile et la responsabilité pécuniaire qu'il encourt paraissent être pour les tiers une garantie suffisante.

« Ces raisons cependant n'ont pas prévalu dans la commission. On leur a opposé le principe fondamental de l'institution du ministère public d'après lequel, à lui seul, comme représentant les intérêts de la société, appartient le droit de mettre l'action publique en mouvement. L'exception apportée à ce principe en matière de délits, n'a pas paru à la majorité de la commission plus justifiée que convaincante. Elle s'est sentie arrêtée surtout par la crainte que l'obligation pour le juge d'informer ne donnât lieu à de nombreux scandales, à des dénonciations uniquement inspirées par de honteux mobiles ou par la vengeance. »

Ainsi le principe fondamental de l'institution du ministère public s'oppose à ce que la partie civile régulièrement constituée puisse provoquer une information sur sa plainte! On croit rêver en entendant formuler une assertion de cette sorte si carrément démentie par tous ces précédents historiques que nous avons fait connaître, si erronée en principe, ainsi qu'il est aisé de le démontrer. Est-ce que l'action du ministère public, malgré sa coexistence depuis plusieurs siècles avec les droits de la partie lésée, ne s'est pas conservée intacte et puissante, ce qui ne se serait pas produit assurément si sa situation avait manqué d'indépendance ou d'autorité. D'ailleurs, il faut s'entendre sur les droits et l'omnipotence du ministère public en cette matière.

L'action publique ne lui appartient pas en propre, elle appartient à la société au profit de laquelle il l'exerce. L'intérêt social seul est donc l'unique considération qui doit prévaloir dans la

détermination de l'étendue et des limites de l'action publique. Il ne faut point par conséquent que sous le prétexte de protéger les intérêts généraux on arrive à opprimer les intérêts individuels; et qu'une garantie sociale se retourne contre les membres de cette communauté dont elle a pour but de sauvegarder les droits. Ce qui importe avant tout à la société, c'est que la sûreté, la sécurité des personnes et des intérêts soient assurées, qu'aucun crime, qu'aucun délit n'échappent à la réparation légitimement encourue. L'action privée devant le juge d'instruction contrôle l'action publique, elle supplée à son inertie, à son insuffisance, elle est son actif auxiliaire. Il n'y a donc pas lieu d'admettre sa suppression.

Que si l'on se place même au point de vue tout abstrait de la nécessité du monopole des poursuites entre les mains du ministère public, les restrictions proposées ne sont pas plus admissibles. La partie lésée n'empiète nullement sur les attributions du parquet, lorsqu'elle provoque une information sur les faits qui ont motivé sa plainte. Ce n'est en effet que par suite d'une incroyable confusion d'idées qu'on peut admettre qu'il en est ainsi. La partie civile met, il est vrai, l'action publique en mouvement au profit de ses intérêts qui réclament une réparation, mais elle ne l'exerce pas, puisqu'elle ne peut prendre des réquisitions pour l'application de la peine. Or c'est en cela que consiste l'action publique dont l'exercice constitue une véritable fonction et non dans le fait de saisir la justice d'une plainte et de l'obliger à l'instruire, il n'y a là qu'un droit naturel de défense qui est inadmissible.

Qui ne voit d'ailleurs à quels étranges résultats conduit l'omnipotence du ministère public? Depuis quatre-vingt-dix ans toutes nos constitutions sont établies sur la garantie des droits et la séparation des pouvoirs. L'exécutif a mission de faire exécuter les lois, le législatif de les élaborer, le judiciaire de les appliquer. Ne serait-ce pas aboutir à la plus funeste confusion de tous ces pouvoirs que d'accorder au représentant de l'exécutif le droit exorbitant de paralyser l'application des lois qu'il lui appartient de faire exécuter, que de lui permettre par une abstention plus ou moins calculée d'empêcher le pouvoir judiciaire d'accomplir

sa tâche constitutionnelle qui consiste à rendre la justice à tous ? Certains délits, certains crimes, certains individus pourraient de la sorte échapper à toute répression. Il n'y aurait plus ni garanties, ni sécurité pour les intérêts. L'arbitraire et le despotisme sans contre-poids se donneraient libre carrière.

Combien sont inoffensifs en comparaison de ces dangers si redoutables les inconvénients qu'on prétend être l'accompagnement obligé des poursuites de la partie civile ? L'action publique serait, dit-on, un moyen de scandale, un instrument de chantage et de vengeance. C'est là, est-il besoin de le dire ? une hypothèse qui se présentera bien rarement. Le cabinet du juge d'instruction avec l'absence de publicité qui le caractérise n'est pas un terrain favorable aux honteuses spéculations. Et d'ailleurs, comment supposer que le chantage qui pourrait procéder par la menace du dépôt d'une plainte au parquet ou par ce dépôt même, lesquels n'engagent à aucun sacrifice pécuniaire, choisira précisément pour arriver à ses fins la voie la plus dispendieuse, celle qui aboutit à l'obligation de payer les frais parfois considérables d'une information ? Les conditions sévères faites à la partie civile sont de nature à écarter en général les plaintes téméraires. L'inculpé trouvera en outre dans le principe de l'article 1382 du Code civil le moyen efficace de réprimer les plaintes abusives et inconsidérées. Rien en effet n'inspire la prudence et la circonspection comme la possibilité d'une condamnation à des dommages-intérêts. Quant aux plaintes dictées par la vengeance ou par des passions inavouables, nous reconnaissons que des moyens plus énergiques sont nécessaires pour les arrêter. Mais la loi n'est pas désarmée : la victime d'une plainte de ce genre aura pour protéger les dispositions de l'article 373 du Code pénal qui punissent d'un an d'emprisonnement la dénonciation calomnieuse, sans préjudice d'une action en réparation civile.

Par une singulière inconséquence, on a maintenu au plaignant en matière de délit le droit de citation directe, tandis qu'on l'a dépouillé de la faculté de faire ouvrir une instruction en se constituant partie civile. Et cependant il est incontestable que les abus qu'on redoute dans ce dernier cas se produiront avec bien plus d'intensité, lorsque la plainte viendra au grand jour de l'au-

dience publique sans contrôle et sans examen préalable. Les surprises seront plus faciles dans des poursuites que l'information n'aura pas élucidées, les tentatives de chantage auront le champ plus libre. Est-ce à dire qu'il faille supprimer la citation directe? Non assurément, car si elle peut présenter quelques inconvénients, elle offre le précieux avantage de permettre aux parties d'obtenir justice en toute circonstance même dans ces affaires d'une importance restreinte comme les injures et les violences peu graves que les parquets sont toujours disposés à mettre de côté. C'est donc une garantie. Si elle entraîne des abus et du scandale, les tribunaux devront les réprimer et ils auront pour le faire tous les moyens que la loi met à leur disposition, notamment en cas d'acquiescement la faculté de condamner le plaignant à des dommages-intérêts.

La conclusion qui se dégage de ce travail, c'est que le législateur ne peut innover sans les plus sérieux inconvénients et qu'il doit conserver aux citoyens les garanties qu'édicte à leur profit le Code d'instruction criminelle. Un peuple libre doit savoir supporter les désavantages qui sont parfois la conséquence des pratiques de la liberté. Le droit de plainte devant les tribunaux et devant le juge d'instruction n'est pas exempt d'abus, mais du moins il offre un moyen efficace pour la défense des intérêts. Sa suppression pourrait en revanche exposer les citoyens à des dénis de justice.

H. PASCAUD.

---

### L'HISTOIRE EXTERNE DU DROIT,

Par M. Maurice HAURIOT, agrégé près la Faculté de droit de Toulouse.

#### SOMMAIRE.

1. — Trois sens successifs de l'expression *histoire externe du Droit*, sens de Leibnitz, sens de Klimrath, sens actuel. — Il ne faudrait pas que la dernière acception fit oublier les deux premières.
2. — La présente étude a pour but de rappeler l'attention sur l'histoire externe du droit telle que l'entendait Klimrath. Il s'agit seulement de l'histoire externe du droit privé.
3. — Klimrath distingue dans le droit lui-même une couche externe et une couche interne, les faits qui constituent la couche externe, objet de l'his-

toire externe, présentent tous ce caractère commun d'être des instruments de sanction pour les règles juridiques.

4. — Exposé systématique des moyens de sanction : confection de la loi, mécanismes législatifs, sources et monuments du droit : application forcée de la loi, organisation judiciaire, etc.
5. — Utilité de ce groupement : la couche externe et la couche interne sont composées de faits dissemblables ; la couche externe exerce une action génératrice sur la couche interne ; l'étude de la couche externe est celle qui présente le droit sous son aspect le plus vivant.
6. — Dans l'histoire externe du droit privé la première place appartient à l'étude de l'organisation judiciaire. N'est-ce point là cependant une matière de droit public administratif ? Éclaircissements.
7. — Conclusion, l'histoire externe du droit privé doit passer avant l'histoire interne.
8. — *Quid* de la distinction de l'histoire externe et de l'histoire interne appliquée à l'histoire du droit public ?

1. — L'expression histoire externe du droit a changé de sens plusieurs fois.

Leibnitz qui l'a créée s'en servait au XVII<sup>e</sup> siècle pour désigner l'étude d'événements qui, sans être juridiques en eux-mêmes, peuvent avoir une certaine influence sur le développement du droit. C'était pour lui l'histoire de tout le mouvement social d'un peuple en tant que les faits et les idées qui constituent ce mouvement, se traduisent dans la législation <sup>1</sup>.

En 1835, Klimrath introduisait en France une notion nouvelle qu'il empruntait à des auteurs allemands contemporains. D'après cette notion, l'objet de l'histoire externe du droit n'était plus l'étude d'événements étrangers au droit, mais de faits juridiques en eux-mêmes qui par leur nature méritaient une place à part. C'étaient les faits qu'on a coutume d'appeler les sources et les monuments du droit, c'est-à-dire les mécanismes qui créent la loi et les textes qui la conservent, l'organisation législative et les codes, l'organisation judiciaire et les arrêts des tribunaux <sup>2</sup>.

C'était déjà fort différent, mais ce n'était pas tout encore ; à l'heure actuelle, si l'on en juge par certains travaux récemment publiés, il semble qu'il y ait une tendance à ne plus comprendre

<sup>1</sup> *Leibnitii op., nova methodus docendæ descendæque jurisprudentiæ, pars sec.* §§ 29, 30, éd. Dutens, t. IV, p. III, p. 191.

<sup>2</sup> Klimrath, *Travaux sur l'histoire du droit français*, p. 96.

parmi les objets de l'histoire externe que les *monuments du droit*, c'est-à-dire les textes et, d'une façon générale, les documents qui peuvent fournir des renseignements à l'historien. L'histoire externe du droit se transformerait ainsi en une simple notice bibliographique <sup>1</sup>.

Nous n'avons point l'intention de récriminer contre cette lente dégradation du sens d'une expression célèbre, nous voulons simplement faire observer que la dernière acception du mot ne doit pas faire tomber dans l'oubli les premières. Il peut être bon de faire un chapitre à part des documents qui fournissent les éléments du récit, il est loisible d'appeler ce chapitre du nom d'histoire externe bien que la locution soit assez impropre, mais il ne faut pas oublier que les conceptions de Leibnitz et de Klimrath avaient du bon aussi et qu'il y a lieu d'en tenir compte fut-ce sous des noms nouveaux.

2. — Nous n'insisterons pas actuellement sur l'histoire externe du droit telle que l'entendait Leibnitz. La conception du philosophe hanovrien ne tendrait pas moins qu'à compléter l'histoire du droit par ce que nous appelons aujourd'hui la sociologie. C'est une réforme qui pourrait être féconde, mais dont nous réservons l'examen pour une étude ultérieure.

Nous voulons nous occuper uniquement de l'histoire externe du droit telle que l'entendait Klimrath, en rajeunir s'il est possible la notion et insister sur sa grande importance. Nous serons du reste très bref, précisément parce qu'il s'agit de rappeler des choses connues et non point d'en exposer de nouvelles.

Il semble que dans leur distinction en histoire externe et histoire interne, Klimrath et les auteurs auxquels il se réfère aient surtout eu en vue le droit privé et qu'ils se soient fort peu occu-

<sup>1</sup> V. notamment la partie appelée *sources* dans le *Précis de l'histoire du droit Français* de M. Paul Viollet, ouvrage qui s'annonce du reste comme très remarquable à tous égards. Cette partie ne contient qu'une étude de textes et de documents, monuments du droit ou autres, et cependant l'auteur l'appelle histoire externe (p. 25 notamment) : dans tous les cas, il ne prévoit pas d'autre histoire externe.

M. Ruyier dans son *Introduction historique au Droit romain* reconnaît bien que l'étude des sources ou de la littérature juridique est improprement appelée histoire *externe*, mais il n'en prévoit pas d'autre non plus, p. 81.

pés du droit public. Pour nous conformer à cette disposition d'esprit nous examinerons d'abord la question par rapport au droit privé d'un peuple, sauf à nous demander ensuite si la même distinction ne peut pas s'appliquer au droit public.

3. — Klimrath s'exprime de la façon suivante : « On distingue  
« en Allemagne dans l'histoire du droit deux parties, l'histoire  
« externe et l'histoire interne. Quel que soit le mérite de ces  
« termes mis en vogue par Leibnitz, la distinction qu'ils indi-  
« quent est réelle et facile à saisir. Il y a d'abord l'énumération  
« chronologique des sources du droit, lois, Codes et ordonnances,  
« coutumes, ouvrages des jurisconsultes, arrêts des tribunaux et  
« à cette énumération se rattachent certains faits politiques et so-  
« ciaux qui l'expliquent, comme l'organisation du pouvoir législatif  
« et judiciaire de qui émanent ces lois et ces arrêts. Ce n'est qu'en-  
« suite qu'on peut s'attaquer au droit lui-même, à ses principes,  
« à ses dispositions dont les lois sont la source et le fondement.  
« L'histoire externe, c'est l'histoire des sources du droit et des  
« faits politiques ou sociaux nécessaires à leur explication, l'his-  
« toire interne, c'est l'histoire du fonds du droit, de ses disposi-  
« tions et de ses principes <sup>1</sup>. »

On voit au premier abord en quoi la conception de Klimrath diffère des deux autres. Elle diffère de la conception actuelle en ce sens, d'abord, qu'à côté des monuments du droit elle tient compte des sources du droit, c'est-à-dire des organisations législatives ou judiciaires, rapprochement que l'on ne fait plus. En ce sens encore que par monuments du droit, elle entend simplement les textes officiels ayant réellement servi à la promulgation de la loi, tandis qu'aujourd'hui on a une tendance à confondre ces monuments du droit avec de simples documents.

Elle diffère de la conception de Leibnitz, en ce sens que Leibnitz avait en vue des faits extérieurs au droit, constituant autour de celui-ci comme l'atmosphère ambiante dans laquelle il se développe, tandis que Klimrath vise des faits qui font réellement partie du droit ; il distingue dans le droit d'un peuple comme deux couches, l'une externe, l'autre interne, l'histoire externe est l'histoire des faits qui constituent la couche externe.

<sup>1</sup> Klimrath, *Travaux sur l'histoire du Droit français*, loc. cit.



C'est qu'en effet, les faits que l'on qualifie de *sources* et de *monuments* du droit sont des faits juridiques, c'est là ce qu'il faut bien comprendre. Ce sont des accessoires indispensables des règles du droit, car ce sont les mécanismes qui assurent leur sanction. Une règle de droit ne se comprend pas sans une sanction. Cela résulte de sa définition même. Une règle du droit est une règle de conduite sanctionnée par une contrainte extérieure et physique. Supprimez l'idée de sanction et vous n'avez plus qu'une règle de morale. S'il en est ainsi, le droit d'un peuple considéré dans son ensemble comme un appareil complet et se suffisant à lui-même se compose de deux parties : les règles de conduite d'une part, d'autre part les mécanismes qui assurent la sanction de ces règles de conduite.

On dit quelquefois que le droit d'un peuple est un instrument de direction pour le corps social, cette idée n'est exacte qu'à la condition de comprendre ainsi que nous le faisons dans le droit lui-même les organes de coercition et de sanction qui font sa force.

4. — Mais en quel sens les faits connus sous les noms de *sources* et de *monuments* du droit sont-ils des instruments de sanction pour les règles juridiques? Sont-ce d'autre part les seuls instruments de ce genre? Voilà des questions qu'il nous faut élucider si nous voulons pénétrer complètement la notion de l'histoire externe. Un exposé systématique des moyens de sanction pourra seul nous éclairer à cet égard. Il nous montrera que Klimrath n'a peut-être pas été suffisamment complet dans son énumération.

Si l'on prend la règle de conduite à l'état de simple concept de l'intelligence et qu'on la suive dans sa marche vers la réalisation pratique au moyen de la force, on voit se produire une série de faits qui se groupent autour de deux événements principaux marquant comme deux étapes : la transformation de la règle en loi assurée par certains mécanismes législatifs, l'application forcée de la loi assurée par l'organisation judiciaire et ses annexes.

Quand la règle de conduite s'est formulée en loi, un premier pas vers la sanction a déjà été fait, car la formule légale emporte ordre d'obéir. C'est donc la confection de la loi qui constitue

le premier fait appartenant à l'histoire externe, les règles de conduite toutes nues, dépouillées de leur formule légale appartiennent seules à l'histoire interne. La transformation de la règle en loi se fait à l'aide de mécanismes divers qui tous méritent d'être étudiés, le *consensus* universel qui produit la coutume, l'organisation législative qui produit la loi proprement dite, l'organisation judiciaire qui produit la loi jurisprudentielle. Ces mécanismes ne sont même pas les seuls qui concourent à la confection de la loi. Celle-ci n'est complète que lorsqu'elle est promulguée et que sa conservation est assurée contre l'oubli. A l'étude des sources de la loi vient donc s'ajouter celle des moyens de promulgation et des moyens de conservation, c'est-à-dire celle des *monuments du droit*, livres, manuscrits ou inscriptions.

Reste encore le fait de l'application forcée de la loi et ce n'est pas le moins important. La règle juridique n'a été solennellement transformée en loi que pour préparer l'emploi de la force, c'est là le but final, par conséquent c'est l'événement le plus intéressant et Klimrath a eu le plus grand tort de ne pas le signaler. Le grand agent de l'application forcée de la loi c'est le Juge. C'est lui qui dans chaque cas particulier est chargé de constater le fait de la désobéissance et de mettre en mouvement les artisans de la coercition. Il faut donc à propos de cette seconde phase de la sanction inscrire en tête l'étude de l'organisation judiciaire. Mais autour de cette étude principale bien d'autres études accessoires doivent être groupées.

Celle de la procédure d'abord, les règles de la procédure sont les règles suivant lesquelles fonctionnent les tribunaux, elles font partie du côté externe du droit comme les tribunaux eux-mêmes dont elles sont inséparables. Du reste, dans le langage ordinaire on reconnaît bien qu'elles ne sont plus de la même nature que les règles du droit, car on les appelle règles de forme tandis qu'on appelle celles-ci règles de fond.

Très-utiles encore à rapprocher de l'organisation judiciaire, toutes ces corporations d'agents accessoires qui concourent à l'administration de la justice. Les notaires et les praticiens qui créent les situations juridiques et qui en conservent la preuve; les avocats, les avoués, les huissiers, les greffiers qui participent

à leur examen judiciaire; les officiers de la force publique et les agents pénitentiaires qui président à leur dénouement. Tous ces avocats, tous ces fonctionnaires, tous ces officiers publics, tous ces employés font partie de la couche externe du droit.

En résumé, l'histoire externe du droit porte d'une part sur les sources et sur les monuments du droit, mais elle porte aussi d'autre part sur l'organisation judiciaire et sur tous les accessoires que nous avons signalés.

Ainsi comprise, il faut avouer que cette histoire externe mérite assez bien son nom. Les faits juridiques dont elle s'occupe sont plus superficiels et plus extérieurs, partant plus faciles à saisir que les faits dont s'occupe l'histoire interne. Les règles du droit sont choses subtiles et cachées, au contraire les tribunaux avec l'éclat retentissant de leurs audiences et le fourmillement de leurs robes noires, les études d'avoués, d'huissiers, de notaires, les escadrons de gendarmerie et les prisons sont toutes choses tangibles et faciles à voir. Et si Micromégas le Sirien eût songé à étudier l'appareil juridique de nos sociétés sublunaires, c'eût été nécessairement cette partie superficielle et pour ainsi dire corticale qui eut la première attiré son attention.

5. — On voit maintenant ce qu'est l'histoire externe du droit, et par suite ce qu'est l'histoire interne, mais se rend-on bien compte de l'utilité de la distinction? à quoi bon séparer l'étude des moyens de sanction des règles juridiques, de l'étude de ces règles elles-mêmes, puisque la règle ne se conçoit pas autrement que sanctionnée et que la sanction s'incorpore à la règle? malgré cette raison de douter l'intérêt de la distinction n'en subsiste pas moins. Sans doute, en un certain sens, une règle de droit ne se conçoit pas autrement que sanctionnée, mais c'est en ce sens seulement qu'une sanction est nécessaire, peu importe le mode spécial de cette sanction. Les moyens de coercition peuvent varier la règle restant la même, et à l'inverse les moyens de contrainte ne changeant pas, la règle peut varier. Il y a donc une certaine indépendance entre les deux parties du droit et il y a avantage à profiter de cette indépendance pour faire des deux parties l'objet de deux chapitres distincts.

D'abord on peut signaler entre ces deux parties une véritable

différence de nature. Les règles du droit sont de pures idées, de purs produits de l'intelligence; si l'on veut étudier leur filiation c'est dans une histoire générale de la pensée humaine qu'il faut la chercher. Au contraire, les faits qui constituent le côté externe se résolvent en dernière analyse en des groupes d'hommes, en des organismes sociaux développant leur activité dans une certaine direction, législateurs, magistrats, officiers publics, fonctionnaires. Autant il serait contraire à une bonne méthode de confondre pêle-mêle des choses aussi dissemblables que des idées et des groupes sociaux, autant il est profitable d'en faire catégories. De la sorte, non-seulement on rend plus fructueuse l'étude de chacune des parties d'un même droit, mais encore on facilite la comparaison avec les parties similaires des autres droits, et l'on s'achemine vers la constitution si désirable de la science des droits comparés.

Ce n'est pas tout, cette façon de procéder est la seule qui mette en évidence un fait capital, l'action génératrice exercée sur les règles internes du droit par les institutions qui forment la couche externe. Ce sont, en effet, les agents du droit chargés de la sanction des règles de conduite juridique qui, en somme, élaborent les règles de conduite elles-mêmes. Sans parler des législateurs de profession dont le rôle est par trop évident à cet égard, ne sont-ce pas les magistrats, les avocats, les praticiens, qui sont les meilleurs artisans de la théorie juridique? Ils sont, par leur situation même, les premiers avertis des besoins nouveaux de la pratique; ce sont eux les premiers qui tracent les règles destinées à y pourvoir et qui savent le mieux les rattacher aux règles précédentes. Qu'on le remarque bien, il ne s'agit pas seulement de donner force de loi par une décision jurisprudentielle à une règle de conduite qui déjà flotte dans l'air et dont tout le monde sent la nécessité, il s'agit de créer la règle de conduite elle-même. Que de théories juridiques ont été ainsi construites de toutes pièces par les magistrats et introduites par de simples moyens de procédure! Pour ne citer que des faits relatifs à l'histoire du droit français, n'est-ce pas la pratique judiciaire du XVI<sup>e</sup> et du XVII<sup>e</sup> siècle qui créa les théories de l'effet déclaratif du partage et des droits flottants de la femme mariée? C'est ce qu'on appelle d'ordinaire l'action de la pratique.

Enfin, dernière considération, la plus importante de toutes, mettre en évidence le côté externe du droit, c'est pour l'historien le seul moyen de donner à son récit une apparence de vie. On peut poser en principe, croyons-nous, que le récit historique idéal est celui qui rend au passé la physionomie qu'il avait lorsqu'il était le présent. Il s'agit donc de rendre au droit passé toutes les allures du droit vivant.

Or, un droit vivant se présente à l'observateur sous forme de lutte judiciaire. C'est une simple littérature quand il est au repos, quand personne ne désobéissant à la règle de conduite, cette règle sommeille, méditée seulement dans sa formule par les penseurs, les jurisconsultes, ou les simples citoyens. Mais c'est une lutte quand une infraction s'est produite et que pour protéger la règle tout le mécanisme de la coercition entre en mouvement. Et comme en fait les désobéissances sont fréquentes, cette lutte est le spectacle de tous les jours. C'est surtout sous cette forme que le droit d'un peuple est connu. Les procès sont des événements, les cours de droit sont loin d'en être. La *justice* avec la solennité de ses palais, le costume et la dignité de ses représentants, l'appareil de ses arrêts, s'impose à l'attention de tous, tandis que la loi beaucoup moins bruyante n'est pratiquée que par quelques-uns.

Il faut que cette physionomie du droit soit restituée dans le passé, il faut que chacun des deux aspects soit reproduit avec son importance relative. Sans doute il est impossible de rendre au naturel le spectacle des procès, mais il est possible tout au moins de se rapprocher du but en décrivant avec le plus grand soin toute cette organisation du côté externe du droit dont ils sont le produit.

6. — Il n'est point difficile de voir que dans notre pensée, de tous les faits qui constituent le côté externe du droit, le plus considérable et le plus intéressant est l'organisation judiciaire. Nous avons retrouvé partout cette organisation judiciaire, à propos de la confection de la loi comme à propos de son application, et partout au premier rang. C'est surtout par l'organisation judiciaire que s'exerce l'action génératrice de la couche externe du droit sur la couche interne. C'est surtout l'organisation judiciaire

qui donne au droit cette physionomie vivante qu'il est utile de reconstituer dans le passé. Nous concevrons très bien pour notre part que dans l'histoire externe du droit on lui donnât la première place et qu'on y rattachât tout les autres faits.

Et cependant, nous en sommes convaincu, c'est cette organisation judiciaire qu'on aura le plus de répugnance à placer, comme nous le demandons, dans l'histoire externe du droit privé. La raison en est qu'on a l'habitude d'y voir une matière de droit public administratif. En effet, dans notre état social actuel, l'administration de la justice privée est considérée comme un service public dont la charge incombe à l'État. On peut soutenir, partant de là, que dans un récit d'histoire du droit, l'organisation judiciaire doit être rangée parmi les matières de droit public et non pas parmi les matières de droit privé.

Mais il y a de bonnes raisons pour ne pas se laisser arrêter par cette objection.

Il est certain d'abord que l'organisation de la justice privée en service purement administratif n'est pas un fait constant dans l'histoire, il serait peut-être plus vrai de dire que c'est un fait accidentel. Pour ne parler que de l'histoire du droit français, faut-il rappeler qu'à l'époque mérovingienne il y avait des tribunaux domestiques dont la juridiction s'étendait sur les femmes, les enfants, les esclaves, les lites et les colons? que déjà à cette époque et surtout à l'époque carlovingienne, les concessions d'immunités amenèrent la création de justices patrimoniales? Qu'à l'époque féodale ces justices devinrent les justices seigneuriales après un certain temps de désarroi pendant lequel il n'y eut aucune organisation judiciaire régulière, où la guerre privée fut la seule forme de procédure, où les paysans lassés essayèrent d'organiser eux-mêmes des tribunaux de paix? Faut-il rappeler enfin que pendant les trois derniers siècles de la monarchie, grâce à la vénalité des offices, la magistrature française avait fini par conquérir une certaine indépendance politique et par constituer un pouvoir à part dans l'État? Lorsqu'on a fait abstraction de ces périodes, on voit qu'il n'y a eu réellement que deux époques où la justice privée ait été considérée comme une matière complètement administrative. Les siècles de décadence de la féodalité où

les progrès de la royauté se sont accomplis justement grâce aux progrès des justices royales, et les temps modernes depuis la Révolution où la théorie romaine de l'État a été complètement restaurée. Encore pourrait-on chicaner sur quelques points de détail et se demander par exemple si notre justice consulaire actuelle est bien une justice complètement administrative.

Ainsi l'organisation administrative de la justice privée n'est pas un fait constant.

D'ailleurs, quand bien même le fait serait plus général qu'il ne l'est, ce ne serait point encore une raison pour ne pas rapprocher l'étude de l'organisation judiciaire de l'étude du droit privé. Matière administrative ou non, il n'en est pas moins vrai que la Justice exerce toujours sur les règles du droit la même action et qu'elle est toujours son côté le plus vivant; par conséquent il y a toujours le même intérêt à la mettre en évidence.

7. — Quelque rapide et quelque incomplète que soit cette étude, nous pensons avoir suffisamment rappelé la notion de l'histoire externe du droit privé et suffisamment insisté sur son importance. Nous n'allons pas jusqu'à dire que dans un cours d'histoire du droit on devrait se borner à l'étude de cette histoire externe. Cela se pourrait à la rigueur, à la condition d'y joindre accessoirement quelques aperçus d'histoire interne<sup>1</sup>, mais nous croyons plus conforme à une bonne méthode de faire un chapitre spécial d'histoire interne. Il faut bien être renseigné sur la condition des personnes et des choses et sur les théories juridiques en voie de formation. En revanche, nous pensons qu'à chaque période le chapitre de l'histoire externe doit être placé le premier, nous n'en voulons d'autre raison que celle-ci : c'est que l'histoire externe porte sur des notions plus sensibles que l'histoire interne partant, elle est plus faciles à saisir.

8. — La distinction de l'histoire externe et de l'histoire interne peut-elle être faite à propos du droit public ? Oui, mais non pas peut-être d'une façon aussi utile. Dans le droit public, comme dans le droit privé on peut bien distinguer les règles du droit d'une part et d'autre part les moyens de sanction. Mais ces

<sup>1</sup> Ce serait très possible notamment pour la période primitive du Droit coutumier français, période où le fonds du droit n'était pas encore séparé de la procédure.

moyens de sanction ne sont pas d'une nature aussi précise que dans le droit privé. Cette remarque s'applique au droit constitutionnel plutôt qu'au droit administratif. Les règles du droit administratif sont toujours sanctionnées par des tribunaux; quand ce ne sont pas des tribunaux spéciaux ce sont ceux du droit commun, mais les règles du droit constitutionnel ne sont guère sanctionnées d'une façon régulière. Ce n'est pas que dans les constitutions on ne prépare d'ordinaire des rouages destinés à assurer cette sanction, mais il est bien rare qu'ils servent et le seul résultat habituel des irrégularités constitutionnelles, c'est la souffrance du pays et la chute du système politique. On comprend combien il serait difficile de faire rentrer de pareils événements dans le cadre d'un récit systématique.

MAURICE HAURIOU.

## LA VÉRITÉ

### SUR LA RECHERCHE DE LA PATERNITÉ.

Proposition de loi de M. Béranger, tendant à modifier l'art. 340 du Code civil présentée le 16 février 1878. — Discussion au Sénat les 6, 8 et 10 décembre 1883. — Rejet par 183 voix contre 61, M. Cazot, rapporteur.

Par M. Léon GIRAUD, docteur en droit.

#### SOMMAIRE.

Introduction.

I. — L'article 340 et ses commentateurs.

II. — L'ancien Droit.

III. — Le Droit intermédiaire.

IV. — Le Code civil.

V. — Après le Code civil.

#### INTRODUCTION.

Peu de dispositions législatives ont eu une histoire plus curieuse que celle qui prohibe la Recherche de la Paternité naturelle, c'est-à-dire soustrait à toute obligation le père d'un enfant naturel, qui veut rester ignoré, et s'en remet à son affirmation exclusive pour résoudre la question de filiation, affirmation qui doit être en outre contenue dans un acte authentique pour avoir quelque valeur (art. 340, C. civil).



Inaugurée en 1804 avec le Code Napoléon, et non pas avec le droit intermédiaire, dans sa portée rigoureuse du moins — nous le démontrerons, — elle est en opposition avec tous les précédents, avec notre ancien droit tout entier dont l'esprit était résumé dans cette phrase des *Institutes Coutumières* de Loysel faisant nettement antithèse à notre article 340 : « qui a fait l'enfant doit le nourrir. »

En contradiction violente avec le passé, comme on le voit, elle est restée isolée sur la carte de l'Europe civilisée en dehors des peuples qui ont subi l'influence du Code Napoléon. Encore ceux-ci l'ont-ils abandonnée en partie ou se prononcent-ils contre elle. En sorte qu'on ne peut aujourd'hui nommer une seule grande nation qui soit dans le même cas que nous. En effet l'Italie qui a eu et qui a encore notre Code s'est empressée à la première révision d'amender cette règle absolue et d'en rejeter l'esprit<sup>1</sup>. L'art. 193 du nouveau Code Italien donne à l'enfant des droits, dans des cas nombreux, et notamment attache pleine importance à l'aveu écrit, en quelque forme du reste qu'il ait eu lieu. Il n'est pas jusqu'à la Belgique qui, après avoir dû à son annexion à la France l'établissement de la nouvelle règle, ne se soit empressée de protester contre elle, dès qu'une réforme du Code civil a été mise sur le tapis. L'avant-projet de révision rédigé par M. Laurent, le renommé jurisconsulte de Gand, sur les ordres du ministre de la justice, s'est écarté franchement de la règle en vigueur par les exceptions considérables qu'il y apporte<sup>2</sup>.

La France est ainsi sous ce rapport un phénomène unique en Europe<sup>3</sup>. Et il ne s'agit pas ici, qu'on le remarque bien, d'une question de race ou de latitude. Les races Anglo-Saxonne ou

<sup>1</sup> Et déjà bien auparavant la législation Sarde était entrée dans cette voie (art. 185).

<sup>2</sup> Qu'on en juge par cette énumération des cas dérogeant à la règle de l'art. 319 correspondant à notre art. 340 : « En cas de viol... En cas de promesse de mariage ou de séduction, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit de la promesse ou de la séduction ou lorsque les présomptions résultant de faits dès lors constants, sont assez graves pour déterminer l'admission de la preuve testimoniale. »

<sup>3</sup> Les partisans de l'état actuel en sont réduits à citer la Pologne et la Serbie.

Slave ne sont pas les seules en cause ; l'Espagne, cette nation essentiellement latine, se montre au moins aussi antipathique à notre nouveau principe que l'Angleterre ou l'Allemagne ; et ce n'est pas seulement dans l'Amérique du Nord que nous pourrions nous entendre reprocher — à tort ou à raison, c'est ce que nous aurons à voir — « que nous avons à cet égard perdu, le sens moral », d'après les paroles rapportées par un ancien magistrat<sup>1</sup> ; ce serait aussi bien dans l'Amérique du Sud, au milieu des colonies fondées par des peuples de même langue que nous et qui se refusent à comprendre ce nouveau principe.

Il n'est pas enfin jusqu'à nos anciennes colonies, qui reliées à notre histoire et parlant notre langue, devraient le mieux sympathiser avec nous même dans nos originalités, qui n'aient répudié sur ce point la mère patrie, tout en gardant le reste de nos lois : la Louisiane est un exemple frappant de ce fait ; elle a notre Code, mais sans la petite ligne que nous avons, nous, conservée soigneusement.

En outre cette petite ligne — si grosse de conséquences, d'innovations et de répulsions — a eu dans notre pays lui-même, de puis qu'elle existe, une destinée pleine de périls et d'embarras qui fait de son histoire un épisode aussi mouvementé que son origine a été soudaine, comme si la conscience publique voulait empêcher une sorte de prescription à son profit par des revendications incessantes. Elle s'est vue controverser en France jusque dans sa portée et dans son sens juridique, tellement il y avait dans l'innovation de singularité qu'on ne pouvait la prendre à la lettre. Il n'y a pas de réforme qui ait été plus contestée dans son principe et son application là où elle s'était implantée, il n'y en a pas qui ait eu à l'étranger un insuccès plus incontestable.

Il faut voir à quoi cela est dû, et par conséquent, après avoir approfondi le sens véritable de notre règle, nous demander comment elle s'est introduite dans notre Code, sous quelle influence, et s'il est probable qu'elle s'y maintienne.

La discussion qui a eu lieu, dernièrement au Sénat, d'ailleurs écourtée et restreinte comme on pouvait un peu s'y attendre d'abord à la suite de la négligence qu'on avait mise à aborder la

<sup>1</sup> M. Lacointa : *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1874.

question, la laissant dormir pendant près de 6 ans; cette discussion qui a en outre subi l'effet des préoccupations inspirées par les événements extérieurs, demande à être reprise et revue, nous semble-t-il, avant celle qui ne peut manquer d'avoir lieu bientôt au Corps législatif sur le même sujet et sans doute dans des circonstances plus favorables (proposition Gustave Rivet).

## I.

**L'article 340 et ses commentateurs.**

Ce qu'il y a de plus singulier dans la destinée de l'article 340, ce n'est pas tant peut-être la masse des témoignages qui se sont dressés contre lui depuis la première heure jusqu'à la dernière, dans la philosophie, la littérature ou la doctrine juridique<sup>1</sup>, que les différentes interprétations dont il a été l'objet parmi les tribunaux eux-mêmes chargés de l'appliquer.

Les arrêts offrent à ce propos des divergences fondamentales qui seraient suffisantes pour arrêter l'attention du spécialiste, quand elles ne seraient pas l'indice du malaise social résultant de la règle adoptée en 1804. Il y a là des contradictions manifestes entre les diverses décisions judiciaires, quant à la portée de la règle, contradictions qui feraient de l'article 340 une véritable énigme juridique, si d'ailleurs, tout le monde ou à peu près n'avouait que la source de ces divergences doit être cherchée dans un désir de corriger ce qu'a de brutal et de peu humain l'innovation, de la rendre acceptable et de l'accommoder aux circonstances. Ce sont les jurisconsultes eux-mêmes qui nous font lire dans l'esprit des magistrats ainsi en opposition les uns avec les autres et nous révèlent par des aveux singuliers l'impossibilité pratique de l'article 340 entendu comme un bill d'indemnité générale accordée au père naturel et un blanc-seing pour les passions de l'homme fait au détriment de l'homme à venir, — c'est-à-dire entendu comme il doit l'être en jurisprudence dans son sens vrai, positif, indubitable.

Qu'on lise par exemple ces lignes de Marcadé : « On peut, écrit-il, admettre les choses en écartant les mots... et attribuer

<sup>1</sup> Voir à ce sujet l'énumération faite dans l'exposé des motifs du projet de loi de M. Béranger.

consciencieusement à la victime toute la réparation qui peut lui être due... mais ne rien écrire dans les pièces de la procédure et surtout dans le jugement qui contienne une attribution de paternité, l'article 340 ne le permettant pas<sup>1</sup>. »

Peut-il y avoir une critique plus décisive de notre loi que d'avouer qu'on ne peut en tirer raisonnablement parti qu'en la tournant, et quel étrange conseil donné à des magistrats que celui de substituer leur appréciation personnelle à la décision non douteuse de la loi ?

Mais quelle que soit l'autorité attachée à la parole de M. Marcadé, encore ne devrions-nous pas y ajouter plus d'importance que n'en mérite une protestation individuelle, si sa recommandation était restée sans résultat, et si elle n'avait pas été suivie par les tribunaux. Mais les tribunaux ont pensé comme M. Marcadé. Et comment cela ? En attribuant des dommages-intérêts à une fille-mère pour le préjudice que lui cause la naissance d'un enfant naturel. Les décisions qui ont été portées dans ce sens sont très nombreuses ; et si la place ne nous manquait, nous en reproduirions quelques-unes tout au long. Mais ce travail de compilation a été fait : il a été fait, chose singulière ! par des partisans mêmes de l'article 340 qui arrivent à peu près forcément par là à prouver le contraire de ce qu'ils ont en vue<sup>2</sup>.

Nous nous bornerons à indiquer ici un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, du 28 novembre 1861, qui admet la fille à prouver, au besoin par la notoriété publique, *non pas que le séducteur fût le père de l'enfant dont elle était accouchée, mais qu'elle était devenue mère par suite de ses relations intimes avec lui* (textuel).

Jamais, sans doute, on ne poussa plus loin la subtilité juridique, pour ne pas nous servir d'un autre mot. Et l'on voit bien que le conseil de M. Marcadé avait été scrupuleusement suivi.

Ailleurs on se joue encore plus franchement sinon plus pleinement, de l'article 340 prohibant toute enquête sur la paternité, puisqu'on fixe le quantum des dommages-intérêts à payer par l'homme poursuivi, *eu égard au nombre des enfants nés de la séduction*. (Cassation 26 juillet 1864).

<sup>1</sup> *Revue de la Jurisprudence*, tome III, p. 105.

<sup>2</sup> *Étude sur la recherche de la Paternité*, par MM. Coulet et Vaunois.

En somme le caractère commun à tous les arrêts auxquels nous faisons allusion, est que la fille se présente en justice avec un enfant dans les bras et qu'elle demande une somme d'argent. Contre qui ? Non pas contre la nation, ou la commune peut-être. Mais bien contre un homme déterminé; et quel est cet homme sinon le père présumé ? Il y a donc là, au premier chef, une recherche de la paternité, qu'on le veuille ou non, et quels que soient les *artifices de procédure* employés, selon les termes de M. Marcadé.

Condamner quelqu'un à réparer le préjudice résultant d'une naissance, c'est déclarer qu'il n'est pas étranger à cette naissance, c'est le déclarer auteur du nouveau-né; ou bien les mots n'ont plus de sens. Comme l'a très-bien dit M. Baret déjà <sup>1</sup> : « Prouver que tel homme a rendu telle femme enceinte, c'est prouver qu'il est le père de l'enfant dont elle est enceinte. On aura beau jouer sur les mots, on ne changera pas les choses; l'auteur de la grossesse est le père de l'enfant, et si je cherche l'auteur de la grossesse, je recherche la paternité, ce qui est défendu. »

Et le même auteur ajoute parlant de l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juillet 1864 qui était ainsi motivé : « Attendu que l'arrêt attaqué, loin d'autoriser la recherche de la paternité, a déclaré formellement, au contraire, que cette recherche était prohibée par la loi... » le même auteur ajoute : « Il l'a déclaré ! Je le crois bien; on le dit, on le proclame, on proteste de son respect pour la loi, mais on la viole sans scrupules. Quand on voit les tribunaux, sous l'empire des besoins de la pratique, désobéir si ouvertement à la loi, c'est une preuve sûre qu'elle n'est pas bonne et qu'il faut la modifier. »

N'allons pas aussi loin pour le moment que M. Baret dans la condamnation positive de la loi, qui se fera peu à peu d'elle-même. Mais au moins rappelons quelques-uns des faits que les juges avaient en leur présence pour comprendre leur état psychologique. Nous allons ainsi être portés à les excuser, sinon à les justifier, dans l'accomplissement inexact de leur mission, en

<sup>1</sup> *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en Droit français et étranger.*

voyant à quelle épreuve pouvait être mise leur conscience, en voyant ce que comporte l'interdiction de la recherche de la paternité, irrémédiable, absolue, telle que l'établit l'art. 340.

Ici c'est une fille mariée à l'église et croyant être bien mariée qui est abandonnée avec un enfant. (Cour de Bastia, 3 fév. 1834).

Là c'est une enfant de 13 ans qui devient enceinte des œuvres d'un homme de 25. (Cour de Dijon, 16 avril 1861). Une autre fois les âges étaient 15 ans et 35 ans. (Cour de cassation, 26 juillet 1864.)

Ailleurs c'est une cohabitation qui a duré des années entières et qui a produit 6 enfants, qui est rompue tout d'un coup. (Cour de Caen, 10 juin 1862).

Ou bien des promesses de mariage formelles, verbales ou écrites ayant été suivies de relations (Cour de cassation, 21 mars 1845). Elles étaient par acte notarié dans l'espèce de la Cour de Montpellier du 10 mai 1851.

Ou bien même c'est un écrit, par lequel l'homme reconnaît sa paternité, mais il n'est pas rédigé en la forme authentique. (Cour de Bordeaux, 5 janvier 1848).

Appliquons rigoureusement la loi. Dans tous ces cas il ne reste à la femme et à l'enfant délaissés, qu'à en appeler à la conscience de l'homme : c'est leur seule et unique ressource. Mais justement l'homme se dérobe : tant pis.

Ainsi une jeune fille, dès l'âge le plus tendre, avant même l'âge où il lui est permis de se marier, est abandonnée au milieu d'une grossesse ou après un accouchement ; il ne lui reste aucune ressource ni pour elle ni pour l'enfant. Art. 340 : le père doit rester inconnu (tant qu'il le désire) et ce n'est qu'à titre de père qu'il pourrait être soumis à quelque obligation.

Cette fille a cru à une promesse de mariage ; elle est dans la classe assez nombreuse des femmes qui n'ont pas appris le droit, et qui n'ayant pas connaissance d'une autre morale que celle de la loyauté et de la bonne foi croient aux promesses de mariage, comme on y croyait dans l'ancien droit, comme ses grands-mères et tous ses ancêtres y ont cru<sup>1</sup>. Elle va même faire consacrer ces

<sup>1</sup> Voir Pothier sur *Les Fiançailles* ; et ce que nous disons plus loin de la discussion qui eut lieu à ce sujet au Conseil d'État (p. 25 et 26).

promesses à l'église, qui est la seule mairie qu'elle connaisse, par le prêtre qui est la seule autorité dont elle ait entendu prononcer le nom ; elle reste avec un enfant. Art. 340 : Père inconnu, existant pour tout le monde sans doute, mais pour la loi jamais !

Cette fille a continué sa cohabitation pendant des années, elle a eu 3, 4, une demi-douzaine d'enfants qu'elle a élevés, qu'elle élève : elle est lâchée, peut-être justement pour cela. Tout s'écroule en un jour, sans remède ; le passé n'existe pas, ni sa jeunesse féconde, ni des serments cent fois renouvelés, ni la vie commune qui a vu succéder les saisons aux saisons. Le père pendant cinq ans ou dix ans cesse d'être père, en une minute. Le compagnon de sa jeunesse devient à son égard un étranger. Tout ce qui est arrivé n'était qu'un rêve. Ce rêve a duré un lustre, il aurait pu durer vingt ans, il aurait pu durer toute la vie, si la femme précédant, l'homme avait refusé à ce moment de la reconnaître pour la mère de ses enfants, ç'aurait été un rêve dont on ne se réveille pas...

Eh bien ! non, cela n'est pas possible ! ont dit les tribunaux, et ils ont cherché, pour venir au secours des victimes, à se payer de raisons dont se contente la conscience alarmée, mais qui ne résistent pas à la logique. Toutes ces décisions d'équité pèchent encore une fois par la base ; leur vice est irrémédiable. Elles se heurtent à la prohibition formelle de rattacher un homme donné à un enfant donné (malgré la volonté du premier), elles ont pour intérêt l'enfant, et cet enfant n'a pas d'autres ressources que de dire d'où il est né ; ils mettent sur la sellette un individu qui n'a pas d'autres raisons d'y être que sa paternité et une paternité qu'il repousse bien entendu.

Comment sortir de là ? Et qu'importe, en droit, l'âge de la fille qui se plaint en justice, qu'elle ait quinze ans et même moins, moins même de 13 ans<sup>1</sup> ? En a-t-elle moins des enfants ?

<sup>1</sup> Nous disons : moins même de 13 ans, parce qu'au-dessous de cet âge il y aurait lieu contre son séducteur à une condamnation pour attentat à la pudeur bien qu'elle eût consenti : de sorte qu'on considérerait un acte comme coupable et par conséquent comme existant au point de vue pénal, tout en étant forcé de le tenir pour non avenu au point de vue civil. Il nous paraît bien certain que de ce côté aucune conséquence n'en pourrait être tirée. (Voyez art. 331, C. pénal).

Et n'est-ce pas parce qu'elle a des enfants qu'elle est devant vous ? La désignation qu'elle fait de l'homme qui l'aurait rendue mère est-elle moins illégale ?

Vous dites qu'elle a subi une pression morale à raison de la différence des âges ou des conditions ? mais par là même vous supposez connu l'âge du père ou son état social, vous dégagez une inconnue du problème qu'il vous est interdit d'éclaircir.

Qu'importe encore que la femme prétende avoir été trompée par des promesses de mariage ? Ces promesses sont nulles, puisque vous ne devez pas savoir de qui elles émanent ? Et quelque intéressant que puisse être son récit, il pèche par un côté essentiel, c'est qu'il y manque forcément un acteur du drame, et que du dialogue qu'elle nous rapporte vous ne pouvez reconstituer qu'un des deux interlocuteurs.

Qu'importe enfin qu'elle s'offre à prouver une cohabitation constante pendant le temps de la conception, pendant des années mêmes ? Le concubin cesse d'être un homme pour vous, dès qu'une question de paternité s'engage. Vous pouvez tout lui reprocher, excepté ce qui fait en ce moment l'objet du procès.

Si nous nous étonnons d'une chose, c'est qu'on puisse encore sérieusement parler des tempéraments que la jurisprudence apporte à l'application de l'art. 340 (rapport de M. Cazot sur la proposition de M. Béranger), c'est-à-dire invoquer pour justifier et maintenir une règle, ce qui en est la négation<sup>1</sup>. Il faut choisir entre l'un ou l'autre. Mais admettre en même temps le pour et le contre sur une question donnée, c'est montrer qu'on ne sait de quel côté se tourner, c'est abdiquer la fonction du législateur.

En quel autre matière a-t-on vu le législateur s'en remettre au juge du soin d'appliquer ou de ne pas appliquer une règle ? C'est cependant ce qu'on fait, quand, comme M. Cazot, on invoque la jurisprudence qui s'est formée sur l'art. 340 et que nous avons fait connaître, pour défendre cet article.

<sup>1</sup> Voici ce qu'a dit M. Cazot en parlant de cette jurisprudence qui selon lui pourvoit à toutes les nécessités : « qu'elle fait partie intégrante de la loi elle-même » séance du 6 décembre, et « qu'il n'y a rien de plus juridique, de plus légal » séance du 8 décembre.



Et quelle sera l'attitude de la Cour de cassation qui doit maintenir l'unité de législation, quand la législation aura été proclamée double? La Cour de cassation a déjà varié sur ce sujet capital; ce n'a pas été à son honneur, Voulez-vous faire de ces variations une règle de conduite?

Répétons-le en terminant cette revue pour bien établir la situation : Dans quelque circonstances qu'ait eu lieu la relation qui a donné lieu à une naissance, cette naissance est non avenue; voilà le fait juridique, voilà la loi : *dura lex, sed lex*.

Et puisque nous avons vu que tout le monde ou à peu près était contre la loi et lui faisait son procès directement ou indirectement, il reste à expliquer comment elle s'est introduite dans notre Code. Ce que nous aurons à dire de ses résultats a déjà été traité bien souvent; cependant comme on a contesté quelques uns des chiffres vraiment écrasants que la statistique produit contre elle ou du moins discuté leur valeur, nous expliquerons certains de ces résultats en apparence contraires à notre thèse.

## II.

### L'ancien droit.

Et d'abord faisons une bonne fois justice de cette légende qui s'est établie sur ce qui se passait dans l'ancien droit. Que n'a-t-on pas dit sur les effets de la règle contraire à celle qui existe actuellement? Ceux qui sont partisans de l'art. 340 ont en somme pour premier et dernier argument les scandales et les intrigues qu'elle aurait produits dans l'ancien droit. Et en effet on est jusqu'à un certain point excusable de répéter, sans les vérifier, les paroles prononcées à la tribune du Parlement, dans les occasions solennelles où un peuple refond ses institutions et où l'on crée pour ainsi dire un monde nouveau : surtout quand ces affirmations ont été reproduites plusieurs fois et elles l'ont été au Corps législatif, au Tribunal, ailleurs encore, en termes à peu près semblables.

C'est d'abord M. Bigot-Préameneu qui dit <sup>1</sup> : « Depuis longtemps dans l'ancien régime un cri général s'était élevé contre les recherches de paternité. Elles exposaient les tribunaux aux

<sup>1</sup> Exposé des motifs présenté au Corps législatif avec le titre : *De la Paternité et de la Filiation*, le 20 ventôse, an XI (11 mars 1803).

débats les plus scandaleux, aux jugements les plus arbitraires, à la jurisprudence la plus variable... En un mot, les recherches de la paternité étaient regardées comme le fléau de la société. »

Puis le tribun Lahary <sup>1</sup> : « Ce projet de loi a pour but d'assurer l'état et le repos des familles, de fixer l'une des bases fondamentales de l'édifice social. Trop longtemps, il faut le dire, ces bases ont été violemment ébranlées ; trop longtemps le vice et l'immoralité y ont porté de cruelles atteintes ; trop longtemps enfin la législation elle-même destinée à en garantir la stabilité a malheureusement contribué à la miner sourdement en prêtant son appui à la fraude et à l'impudence.

« Que de femmes impudentes osaient publier leur faiblesse, sous prétexte de recouvrer leur honneur ! Combien d'intrigants nés dans la condition la plus abjecte avaient l'incroyable hardiesse de prétendre de s'introduire dans les familles les plus distinguées et surtout les plus opulentes ! On peut consulter à cet égard le *Recueil des causes célèbres*, et l'on ne saura trop ce qui doit étonner davantage, ou de l'insuffisance de nos lois sur cet important objet ou de la témérité de ceux qui s'en faisaient un titre pour égarer la justice et troubler la société... »

Voilà bien les griefs formulés. Et du moins on ne nous reprochera pas de les avoir atténués en quoi que ce soit.

Cependant qu'y a-t-il au fond de ces affirmations très vagues, et très peu précises, aussi vagues qu'elles sont violentes ? qui est-ce qui les confirme ? qui est-ce qui les appuie.

On nous parle de *Causes célèbres* comme devant décider la question pour l'observateur impartial. Nous nous sommes reportés à ces causes célèbres, un recueil des plus estimés des dernières années de l'ancien droit, celui de Richer en 22 volumes <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Rapport au nom de la section de législation du Tribunat : la communication officielle lui avait été faite le 21 ventôse, an XI (12 mars 1803). On verra plus loin pourquoi je ne cite pas le troisième document qu'on a l'habitude de rapprocher des deux premiers, qui est le discours prononcé ensuite devant le Corps législatif par le tribun Duveyrier (Voir p. 36).

<sup>2</sup> *Causes célèbres, curieuses et intéressantes... depuis 1773 jusqu'en 1780*, par François Richer (1772-1789, 22 vol. in-12). Ce que nous en disons est applicable aux recueils précédents, par exemple à celui de Gayot de Pitaval portant sur les années 1734-1743.

Il y a là en effet des *plaintes en gravitation* comme on les appelait, c'est-à-dire formées par des filles-mères, ou des recherches en paternité naturelle. Elles figurent à côté de beaucoup d'autres questions d'état : et il n'y a rien d'étonnant à les rencontrer en cette place, côte à côte avec des procès en bigamie, en désaveu, en réclamation d'enfant par plusieurs mères, en recherche de la paternité légitime. J'y vois que dans les quelques plaintes en gravitation mentionnées, la demande a été admise sauf dans un cas, si je ne me trompe ; que dans ce cas il faut croire que « l'impudence » a reçu sa juste récompense, comme dans les autres l'oubli de tous les devoirs avait reçu la sienne ; que la société ne semble pas avoir été bouleversée parce que trois fois sur quatre on a attribué la paternité à qui la méritait et que dans le dernier quart on a repoussé très nettement une demande qui n'était pas justifiée, — du moins à s'en rapporter à l'auteur de ces *Causes célèbres* il n'en aurait pas été ainsi. Et il faut que ce soit MM. Bigot et Lahary qui nous apprennent en 1803 ce qui se passait en 1760 ou 80 et ce qu'on y pensait, quand les contemporains ne signalaient par aucune phrase même incidente « ce trouble des familles et de la société » cette cohue « d'intrigants et d'intrigantes » qui se faisaient de la recherche de la paternité naturelle un moyen de parvenir et un instrument de chantage. Car cette indifférence sublime, vraiment inexplicable à l'égard d'un des « fléaux de la société, » ne se dément pas dans tous les ouvrages de ce genre où l'on raisonne pourtant et qui ne sont pas de purs récits, tant s'en faut <sup>1</sup>. Et aucun d'eux n'a l'air de se douter que l'édifice social repose sur « des bases depuis longtemps ébranlées, sourdement minées. » Jamais aveuglement n'a été plus grand, chez ceux qui vivaient dans un tel désordre, jamais perspicacité n'a été plus grande chez ceux qui en étaient déjà loin et pouvaient le connaître surtout par ouï-dire.

Cela ne rappelle-t-il pas la scène du *Barbier de Séville* où Basile est déclaré atteint de fièvre scarlatine sans le savoir ?

Je me permets de soumettre cette remarque à nos adversaires :

<sup>1</sup> Le *Denizart* n'a pas une parole de blâme à ce sujet, ne fait pas une réflexion ni à l'article GROSSESSE ni à l'article BATARD, ni ailleurs.

il y a peut-être là de quoi ébranler sérieusement leur foi aveugle dans les assertions de MM. Lahary et Bigot, répétées à un jour d'intervalle.

Mais en voici une autre encore plus importante s'il est possible. Qu'on prenne un à un les auteurs du XVIII<sup>e</sup> siècle qui se sont occupés de questions sociales, de quelque nature qu'elles soient. Je parle de cette époque parce qu'elle était la plus ouverte aux libres recherches et qu'à coup sûr on n'y était pas tenté de respecter une institution parce qu'elle était vieille. Et qu'on nous fasse voir un passage de ces philosophes, de ces littérateurs, de ces économistes, de ces encyclopédistes qui ait trait à la chose et qui dénonce le mal résultant de la règle admise : nous le discuterons, nous verrons quel degré de croyance il faut y attacher, et quelle fraction de l'opinion publique il peut raisonnablement représenter.

Mais nous n'avons pas la peine de le discuter ; on n'en oppose pas. Ni Voltaire qui remua tant d'idées<sup>1</sup>, ni Montesquieu qui approfondit tant d'institutions, ni Rousseau, ni Diderot, ni personne n'y font allusion — à notre connaissance, du moins. Pothier, le prince des jurisconsultes, mentionne la règle et passe. Domat ou Lebrun la combattent-ils ? pas davantage ; et il en est ainsi des autres<sup>2</sup>. En sorte qu'il semble qu'on en soit réduit à MM. Lahary et Bigot de Prémeneu pour contrôler les énormes assertions qu'ils ont produites au même moment et comme mus par le même ressort.

N'exagérons rien cependant. Il y a un homme que les partisans de l'article 340 invoquent — plutôt à tort qu'à raison, comme nous allons le voir : c'est Servan, l'avocat général de Grenoble, qui prononça un plaidoyer dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, recueilli dans ses œuvres sous le titre de *Plaidoyer à propos d'une grossesse* et où il s'élève contre la pratique de l'ancien droit. Son discours très sérieux et très intéressant prouve une chose : c'est qu'il trouvait défectueux le mode de preuve admis

<sup>1</sup> Et qui parle même à plusieurs reprises des infanticides, et même de l'édit de Henri II qui obligeait les filles enceintes à la déclaration de leur grossesse (voyez Œuvres diverses).

<sup>2</sup> Papon, Poullain-Duparc, Fournel, Bacquet... tous connus pour avoir abordé spécialement le sujet en question.

par la jurisprudence de certains pays dans la procédure en recherche de paternité naturelle, qu'il en avait vu plusieurs inconvénients. Mais qu'il doive être rangé lui-même parmi les partisans d'un article semblable à l'article 340, c'est ce qu'après la lecture de son discours personne n'osera soutenir.

Servan ne pouvait admettre que la seule déclaration de la fille, en l'absence d'autres indices, suffit pour attribuer une paternité au premier venu. Déjà préparé par ses études sur la torture à ne pas attacher d'importance à un aveu ou à une déclaration arrachée dans un moment de souffrance, plutôt que dans un autre, il se refusait à voir dans la position intéressante de la femme enceinte ou accouchée un motif suffisant d'ajouter une foi absolue à son dire. Et en cela il était au-dessus de ses contemporains encore dominés par certaines idées mystiques. Nous n'avons pas besoin d'ajouter que cette simple déclaration ne forme pas pour nous une preuve et d'ailleurs il n'était admis presque nulle part qu'il en fût ainsi<sup>1</sup>.

Et encore dans ces limites étroites, que nous venons d'expliquer, la protestation de Servan qui ne frappait pas le principe, mais seulement son application produisit-elle un grand émoi au parlement de Grenoble; on la qualifia de *révolte* contre la loi ou plutôt contre ce qui était un usage définitivement reçu, tellement on y voyait peu la source d'intolérables abus<sup>2</sup>.

Certes cette protestation partielle, restée isolée, et comme étouffée par le milieu ne peut pas passer pour un écho d'une fraction bien importante de l'opinion publique. Et surtout avec sa portée très restreinte, elle ne paraissait guère devoir être un prélude à la révolution radicale accomplie en 1803. Servan lui-même serait bien embarrassé d'avouer tous ceux qui citent son discours — quelquefois sans le connaître.

Cette dernière remarque va s'appliquer aussi à tout le droit in-

<sup>1</sup> Il est maintenant connu de tous les juristes que la règle du président Fabre *creditor virgini parturienti*, qui tenait ce témoignage pour la vérité absolue, n'était appliquée à la lettre à peu près nulle part. Et M. Cazot en convient.

<sup>2</sup> C'est le commentaire qu'il donne de son discours en ajoutant que sa thèse « trouva dans les esprits de grandes difficultés. » (Oeuvres choisies de Servan).

termédiaire qui s'écoule entre 1789 et la promulgation du Code. Car nous arrivons maintenant à cette époque.

La condamnation que nous n'avons pas trouvée avant la Révolution, la trouverons nous après ?

Et si nous ne la trouvons nullement, si notre théorie résiste à cette double épreuve, qu'elle soit à l'abri du travail critique des penseurs, comme des synthèses de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, ne faudra-t-il pas conclure que la nouvelle théorie n'a ni tenants ni aboutissants, et qu'elle a été acceptée dans des circonstances exceptionnelles qui préjugent sa valeur, en attendant que les résultats eux-mêmes en aient fait définitivement justice ?

### III.

#### Le droit intermédiaire.

Puisque nous n'avons pas encore rencontré de protestations dans le genre de celles qu'on prétendait, nous en découvrirons sans doute au moment où la nation fait connaître ses volontés. Si nous n'avions pas pu tâter le pouls à la nation sur ce sujet, c'est qu'il n'y avait pas autrefois un moyen légal et collectif de la consulter. Mais viennent les Etats-Généraux, viennent les cahiers de 89, et le tribun Labary, le conseiller d'Etat Bigot Prémeneu vont être justifiés. Le « cri général » va enfin être entendu.

Eh bien ! pas du tout. Il n'est pas seulement fait mention dans ces fameux cahiers généraux de cette question qui troublait tant de familles et jetait le désarroi dans la société. Cette grande enquête portant sur les conditions de la vie privée et de la vie publique est muette sur un usage qui touchait intimement à la vie privée par ses résultats, à la vie publique par sa procédure. Et personne ne s'en plaint, personne ne dénonce ce « fléau », ce mal qui avait les proportions d'une épidémie, alors que tout le monde se plaignait peu ou prou, et que tout était remis en question. Qu'est-ce donc que ce mal que personne ne ressent ?

Et de tous les Constituants qui comptaient tant d'hommes de loi, qui auraient dû par conséquent voir à l'œuvre cette règle si dangereuse et si perturbatrice et en connaître toutes les horribles conséquences, pas un ne lui consacre une phrase, pas un ne

trouve le temps de la signaler à l'animadversion de ses collègues.

Cependant ils en ont l'occasion : la question doit se présenter à leur esprit. Ils édictent en 1791 un *Code des délits et des peines* rompant avec la doctrine ancienne qui faisait de l'union irrégulière ou hors mariage un délit et le punissait sévèrement sous le nom de *stuprum* ou de *rapt de séduction* ; rompant, dis-je, avec la jurisprudence antérieure sur le point des conséquences d'une union irrégulière, il ne leur aurait pas coûté plus d'abroger aussi ces conséquences au point de vue civil, c'est-à-dire de déclarer le père indemne, quant à ce, par l'abolition de la recherche de la paternité ou du moins sa restriction. La connexion était étroite ; il semblait même qu'on dût être porté, comme par une séduction de logique, à embrasser la seconde idée comme corollaire de la première et après avoir refusé de prendre en considération des relations sexuelles à un point de vue d'en faire abstraction à tout autre.

Cela eût été à craindre de la part d'esprits moins philosophiques que les Constituants ou de la part de gens qui travaillaient au milieu de la tempête de la guerre civile et de la guerre étrangère. Mais ce ne fut pas le fait de notre grande assemblée qui vit toute la distance qu'il y avait entre ne pas considérer comme criminel un homme qui n'avait violenté personne, et ne pas considérer comme responsable un homme qui avait donné vie à l'être humain.

La Constituante posait nettement la distinction en ce qui touche notre sujet entre la morale et le droit : nous n'avons pas eu à revenir après elle. Ce que la législation canonique avait mis au rang des délits et frappé de la loi répressive, elle le mettait en dehors de cette action ; puisqu'il n'y avait pas vraiment de volonté ou de personne opprimée, et que dès lors l'acte à juger rentrait dans le domaine pur de la conscience individuelle, dans le for intérieur.

Mais quant aux conséquences de l'acte en question, — si cet acte en avait — la Constituante ne croyait pas pouvoir s'en désintéresser. Si un enfant naissait, naissait aussi un devoir pour le père, et comme sanction de ce devoir la recherche de la paternité. Voilà ce que les Constituants admettaient ; ils ont mieux fait que de consacrer formellement cette théorie ; ils l'ont faite

leur en y adhérant par leur silence et en s'arrêtant dans leur réorganisation générale comme devant l'évidence, à cette règle ancienne qui leur paraissait inviolable comme un principe de droit naturel et pour la mère et pour l'enfant.

Il en fut de la Législative comme de la Constituante ; pas une ligne ne se retrouve, à notre connaissance, dans les immenses travaux législatifs de ces deux assemblées, qui se réfère à notre ordre d'idées.

Pourquoi ne dit-on jamais cela ?

Est-ce que ce silence significatif ne paraît pas à nos adversaires digne d'être signalé ?

Et dans cette campagne contre la recherche de la paternité, que nous avons vu mener par un républicain ardent, est-ce que l'opinion des deux premières assemblées révolutionnaires, de la première surtout qui a su garder dans cette époque troublée un prestige particulier, ne serait d'aucun prix ?

Ne devons-nous tenir aucun compte, dans le cours de cette période du droit intermédiaire, de ce moment d'ardente régénération que les violences n'avaient pas encore souillé, et où les idées ayant gardé toute leur puissance avaient aussi toute leur clarté ?

Et ne faudra-t-il demander le mot du nouvel évangile qu'à ces temps où l'on délibérait entre la guerre civile et la guerre étrangère, où les votes des lois étaient primés par les nouvelles des armées ou interrompus par des manifestations de tout genre, — puisqu'aussi bien c'est une loi de 1793 qu'on est forcé d'invoquer comme le berceau du nouveau principe ?

Certes ce serait là une singulière manière de se rattacher à la Révolution française et de l'honorer que de recueillir de préférence les créations qu'elle enfanta sans presque en avoir conscience.

Mais quand avec cela nous aurons montré sous quel ensemble de circonstances et par suite de quelle erreur législative la nouvelle règle s'est glissée parmi nous et s'est fait accepter peu à peu de la nation, — non pas en un jour et comme une réparation contre un long passé réprouvé, mais bien au contraire comme une réaction contre un acte imprudent et exorbitant de toutes les habitudes sociales, de cette même Convention, — que ne pensera-t-on pas de ceux qui se font un drapeau de cette loi de brumaire an II et ont à cœur de la continuer ?



C'est pourtant ce qu'il est facile d'établir.

La Convention ayant à régler les droits de succession des enfants naturels adopta le 4 juin 1793 la proposition de Cambacérès de « les placer au même rang que les enfants légitimes, SAUF quelques légères différences en faveur de ceux-ci et uniquement en vue de favoriser l'institution du mariage ». C'est ainsi que résolvait la question le jurisconsulte Cambacérès après s'être posé dans son rapport la demande : « Peut-il y avoir deux paternités ? » et il y répondait d'une façon équivoque par l'affirmation d'un principe absolu : identité de droits, et un correctif qui n'était pas conciliable avec lui : différence en faveur d'une classe.

Le considérant était donc en contradiction avec le dispositif, et il allait falloir choisir entre l'un ou l'autre quand la loi positive viendrait en discussion. Ce qui arriva le 12 brumaire an II. La Convention se trouvait là en face d'un problème qui s'impose à toutes les législations et dont la solution peut être difficile à accepter pour des esprits avides d'égalité symétrique, mais n'est pas douteuse pour toute société fondée sur le mariage.

Cette solution a été de tous les temps : elle a été reprise par notre Code civil après un interrègne de quelques années, que le désordre momentané des idées et des événements explique seul <sup>1</sup>. Cette solution, c'est qu'au point de vue successoral, les enfants illégitimes ne peuvent être assimilés de tous points aux enfants légitimes, et ne doivent pas être au même rang devant la fortune familiale. Cambacérès lui-même reconnaissait cette vérité quand la force de la logique lui arrachait cet aveu qu'il fallait faire quelque chose en faveur du mariage. La *succession*, et par là nous entendons la transmission des droits actifs et passifs du défunt, c'est-à-dire de la personnalité en tant qu'elle peut se survivre à elle-même étant l'expression la plus adéquate et la plus élevée de la descendance, et d'un autre côté, la descendance ou la filiation ayant pour base dans nos sociétés le mariage, on ne peut, sans nier le mariage, attribuer à une descendance issue d'une autre source des droits successoraux contenant en

<sup>1</sup> Art. 756, 757 : « Les enfants naturels ne sont point héritiers... — Leur droit est d'un tiers... de la moitié... des trois quarts de la portion héréditaires (jamais de la totalité...) »

eux la synthèse de la filiation légitime. Le mariage ne peut résister à cette épreuve de voir se dresser en face de lui une autre union ayant le pouvoir de faire au même titre que lui des représentants, des continuateurs de la personne; car c'est le décolorer de tout son prestige, et lui enlever sa raison d'être que de lui reconnaître un concurrent dans l'enchaînement civil des générations. C'est dire que le mariage n'est plus nécessaire. Et tant qu'il paraîtra tel, les enfants naturels devront être distingués des enfants légitimes — sans pour cela bien entendu que leur droit à des aliments soit compromis par cette théorie. Les esprits égaux à qui cette solution répugne, n'ont en somme qu'à se dire que la *succession* elle-même ou le droit d'hériter est un principe d'inégalité entre les citoyens, et qu'ainsi dans un sujet pareil plus que partout ailleurs une distinction peut être admise, quelque peu démocratique qu'elle paraisse au premier abord, surtout pourvu que l'humanité se trouve satisfaite, nous le répétons, par des aliments fournis à l'enfant naturel dans une proportion aussi large que l'on voudra.

Or la Convention ne vit point cette corrélation forcée. Reconnaissant la nécessité du mariage puisqu'elle ne l'abolissait point, elle proclama cependant quant à la succession l'identité des droits des deux classes d'enfants; cela par le fameux décret du 12 brumaire. D'où une série de conséquences qui pèsent encore sur nous.

C'est cette loi de brumaire qui fut le point de départ de la nouvelle destinée faite aux enfants naturels en France, destinée étrange, à peu près unique dans l'histoire et dans le monde actuel, comme nous l'avons constaté<sup>1</sup>.

En effet la supériorité, l'éminence du mariage ainsi mises en doute et compromises, il n'y avait qu'un moyen de réparer cet échec dans la mesure du possible et de rendre à l'union légitime sa primauté et son éclat, c'était de distinguer deux espèces d'enfants naturels, ceux dont les parents seraient dans une situa-

<sup>1</sup> Je n'ai pas à parler ici des nombreux projets de Code civil qui eurent lieu sous la Convention ou le Directoire; au fond il se bornent à refléter en ce point la loi de Brumaire qui les explique suffisamment (ils ne furent d'ailleurs ni menés à fin ni discutés).

tion analogue à mari et femme, et ceux dont les parents n'étaient pas dans une situation semblable. Aux premiers on donnerait tout, puisqu'ils viendraient accroître la classe des légitimes; aux autres rien, on ne leur permettrait même pas de nommer leurs parents — ou un de leurs parents du moins et celui que la nature a essentiellement préposé à leur entretien. Et par cette sous-distinction qui n'était autre chose que la création d'une sorte de *concubinat* légal (analogue à celui usité à Rome), ou la reconnaissance d'une nouvelle classe d'union, on faisait ainsi la part de la nouvelle théorie tout en sauvegardant le principe matrimonial.

Mais qui est-ce qui y perdait? Hélas! il faut le dire: toute la classe des enfants qui ne paraissaient pas dignes à la Convention de nommer leur auteur; et cette classe était immense. Ces enfants étaient à tout jamais orphelins pour le bénéfice des autres à qui la Convention accordait une légitimation complaisante et générale. La situation de quelques enfants avait été améliorée au prix du droit à la vie de milliers d'autres.

Tel est le commentaire de la loi du 12 brumaire an II qui, à côté de son article 1 ainsi conçu: « Les enfants... nés hors du mariage seront admis aux successions de leurs père et mère » — contenait l'article 3 qui venait limiter la recherche de la paternité pour la première fois dans notre histoire en ces termes: « Pour être admis à l'exercice des droits ci-dessus... les enfants nés hors mariage seront tenus de prouver leur possession d'état. Cette preuve ne pourra résulter que de la représentation d'écrits publics ou privés du père, ou de la suite des soins donnés à titre de paternité et sans interruption tant à leur entretien qu'à leur éducation. »

C'était, ainsi qu'on le voit, une sorte de *possession d'état* qu'on exigeait de la part de l'enfant naturel, ou enfin des rapports habituels, apparents de l'enfant au père antérieurement à la demande: ce qui se présente en général quand il y a aussi une certaine cohabitation des deux auteurs de la naissance. J'ai donc pu dire que ce que la Convention consacrait c'était comme une espèce de concubinat.

Il y avait donc une corrélation étroite entre l'article 1 et l'article 8 du fameux décret. Aveugles ceux qui ne l'aperçoivent pas

et qui invoquent toujours cette loi du 12 brumaire comme une de leurs autorités, sans remarquer ce qu'elle a de compromettant. La loi du 12 brumaire était essentiellement faite pour régler des droits de successibilité, et elle se trouve amenée à retourner contre les enfants naturels les armes qu'elle leur mettait entre les mains.

L'innovation ainsi expliquée, suivons ce qu'elle devient. Nous ne voulons pas parler des controverses de détail que cette loi suscita dans l'application et qu'on comprendra aisément quand on saura qu'elle annonçait un Code prochain, lequel ne se fit pas attendre moins de 10 ans : nous n'étudions ici que les points de vue généraux et incontestés.

L'innovation, avons-nous remarqué, allait de deux façons à l'encontre des usages reçus : 1° en sacrifiant des enfants naturels qui avaient autrefois une ressource, puisqu'elle avait supprimé pour eux toute conséquence de leur filiation — d'un côté du moins — en défendant de l'établir, et par crainte des suites exorbitantes que cette constatation aurait eues; 2° par l'exagération même des droits accordés aux enfants se trouvant dans les conditions voulues pour se faire reconnaître.

De là deux mouvements différents et parallèles qui se produisent dans l'opinion publique et qu'on discerne très-facilement à travers les incertitudes auxquelles donna lieu cette loi.

D'un côté, on ne peut se résigner à laisser complètement sans ressource les enfants qui autrefois pouvaient tenter une action à fin d'aliments<sup>1</sup>; et des tribunaux décident dans ce sens que la loi de brumaire n'a pas supprimé cette action<sup>2</sup>. Mais à mesure qu'on s'éloigne de l'ancien état de chose qui avait précédé la loi de brumaire, et que le souvenir exact s'en perd avec le temps, cette tendance diminue et les termes de la nouvelle loi s'interprétant de plus en plus littéralement avec leur force restrictive, on perd la notion de cette recherche du père à fin d'aliments — telle qu'elle existait dans l'ancien droit.

<sup>1</sup> Elle était dite : *pour frais de gésine*, et comprenait outre les soins à donner à la mère, l'éducation de l'enfant, d'une façon générale.

<sup>2</sup> M. Daste dans sa thèse de Doctorat (Faculté de Toulouse, 1873, tome II) a très bien établi ce point, qui est d'ailleurs admis par Dalloz (*Jurispr. génér.*) à l'article PATERNITÉ ET FILIATION, nos 422 et suiv.

De l'autre côté, en prenant à la lettre cette disposition et en l'appliquant rigoureusement, on ne peut s'empêcher de remarquer ce qu'elle a d'anti-social par rapport au mariage, par l'assimilation qu'elle établit entre les légitimes et certains illégitimes, et par suite l'antipathie contre les enfants naturels en général s'accroît de toute la défaveur attachée à la disposition qui en a trop bien traité quelques-uns. Une réaction se fait dont nous trouvons les échos dans les discours mêmes de l'époque, lors de la rédaction du Code civil et qu'on ne peut par conséquent pas nous accuser d'inventer <sup>1</sup>.

On va voir immédiatement, par des documents décisifs que je n'ai fait que résumer dans les considérations qui précèdent, en même temps le courant d'opinion qu'avait amené la loi de brumaire et l'abus de logique à laquelle elle était dûe.

Ici quelques éclaircissements sont nécessaires. En arrivant à notre Code civil lui-même, il est bon de savoir que la principale discussion à laquelle donna lieu l'interdiction de la recherche <sup>2</sup> ne se produisit pas à propos de l'art. 340, de sorte qu'il ne faut pas chercher où on serait tenté de le supposer des informations dans les travaux préparatoires. Et voici pourquoi. Lorsque l'art. 340 fut présenté, avec le titre VII du livre I<sup>er</sup> dont il fait partie, de graves réformes parlementaires avaient eu lieu déjà. Le Tribunal qui délibérait primitivement en assemblée générale avait été divisé en sections, ses discussions n'étaient plus publiques et avaient cessé d'être recueillies. Mais auparavant, il avait eu à se prononcer sur la question d'une façon indirecte, c'était à propos des actes de l'état civil.

Le titre sur ce sujet (qui forme le II<sup>me</sup> du livre I<sup>er</sup>, au Code) contenait un art. 60 — art. 336 actuel modifié — qui permettait à la mère naturelle, lors de la déclaration de la naissance de l'enfant, d'indiquer le père. On comprend de suite que cette permission ressuscitant au moins en apparence l'ancienne règle *creditur virgini parturienti*, et quelque minime importance qu'on

<sup>1</sup> Les discours relatifs à notre titre sur *Les Successions* en sont pleins, et le nouveau règlement que ce titre établit dans les art. 756, 757, cités déjà, l'atteste assez par lui-même.

<sup>2</sup> Du moins celle dont il nous est resté des traces.

dût d'ailleurs en fait attacher à cette déclaration, soit qu'on la considérât comme un commencement de preuve, ou même comme un simple renseignement dénué de toute valeur juridique; on comprend, dis-je, que cette faculté concédée dût mettre aux prises les deux écoles existantes au sujet de l'ancien droit. Car il y avait certainement deux écoles, quoiqu'en puissent prétendre les partisans actuels de l'art. 340 qui ont l'habitude d'invoquer en faveur de leur thèse l'universalité des opinions, et l'on saura même bientôt à quoi se réduisait l'opposition à la tradition.

Déjà l'on prévoyait cependant dans quel sens se prononceraient les conseillers d'État chargés de l'avant-projet sur *la Paternité et la Filiation*, on connaissait même le texte de la disposition principale (art. 340) sur laquelle nous aurons à nous expliquer dans la suite. Et M. Andrieux protestait d'avance en ces termes où il explique très clairement à quoi il attribue la nouvelle maxime<sup>1</sup> : « Par cette loi du 12 brumaire on avait trop fait pour les enfants naturels, et à côté d'une faveur excessive on plaça bientôt une excessive rigueur.

« La maxime que j'ai citée (que la paternité non avouée ne peut être recherchée) fut adoptée peut-être *comme une compensation des trop grands avantages faits* aux enfants naturels par la loi du 12 brumaire<sup>2</sup>. »

Duveyrier disait de même : « Je ne ferai qu'une observation... c'est que ces enfants naturels proscrits encore en 1789, exclus par l'opinion de toute prérogative sociale, par la loi de toute succession et de tous droits de famille, ont été tout à coup, par nos lois modernes, placés au sein de la société avec toutes les attributions civiles, établis au milieu des familles avec tous les droits de parenté, de telle sorte que *l'indifférence de la législation ajoutant encore à la légèreté des mœurs, on pouvait craindre qu'il ne restât au mariage et à la légitimité des enfants que le ridicule d'une décence inutile et la contrariété d'un lien sans honneur.*

« Et ce serait aujourd'hui tomber dans la même inconsé-

<sup>1</sup> On sait qu'Andrieux avait été chargé du premier rapport fait en assemblée générale et jouissait par conséquent d'une certaine autorité auprès de ses collègues, et qu'il fut même le premier tribun entendu comme *orateur* devant le Corps législatif.

<sup>2</sup> Fenet : *Travaux préparatoires*, t. VIII, p. 193.

quence, si ce n'est le même danger, pour éviter ses excès, de dépasser même l'excès contraire, en sacrifiant dans les bases de notre législation civile aux scrupules même plausibles de quelques individus l'intérêt social, la morale universelle, les premiers préceptes de l'éternelle justice et les droits les plus sacrés de la nature<sup>1</sup>. »

Et enfin quand l'article 340 est présenté quelques mois après, Cambacérès s'exprime aussi clairement au Conseil d'Etat, — témoignage encore plus probant car il émane de l'auteur même de cette loi de brumaire qui vient protester en personne à son tour contre l'article 340 : « Le Consul rappelle qu'il a lui-même proposé une disposition semblable à celle de l'article 6 (l'article en question), que les circonstances étaient différentes. *Alors le législateur donnait aux enfants naturels les mêmes avantages qu'aux enfants légitimes.* Il fallait donc multiplier les précautions contre les abus de la maxime *creditur virgini*.... Il était nécessaire surtout d'empêcher qu'une fille ne vînt, par une fausse déclaration, assurer à un enfant la succession de celui qui n'en était pas le père. Le même inconvénient n'existe plus aujourd'hui, puisque probablement on n'accordera pas aux enfants naturels les avantages que leur donnait la législation précédente<sup>2</sup>. »

Après un tel langage, il n'y a rien à ajouter.

Après avoir fait toucher du doigt comment le principe de l'interdiction a pu prendre place dans le Code qui nous régit, comment il a pu se glisser, pour ainsi dire, dans la rédaction de l'avant-projet, il nous reste à expliquer comment il a pu définitivement y rester malgré les protestations qu'il soulevait et dont nous avons donné des exemples soit au Tribunal, soit au Conseil d'État....

Et lorsque nous aurons montré ainsi le peu de sérieux de son origine, et qu'il n'est dû qu'à la volonté d'un homme dans un temps de servilité universelle, après un coup d'État parlementaire à lui seul trop significatif, on saura enfin à quoi s'en tenir sur cette histoire trop longtemps laissée dans l'ombre.

<sup>1</sup> Fenet : *Ibid*, t. VIII, p. 156, 157.

<sup>2</sup> Fenet : *Ibid*, t. X, p. 73.

## IV.

## Le Code civil.

Mais auparavant il y a une erreur que nous devons relever et qui porte sur l'étendue même du sens que les rédacteurs de l'article 340 entendaient eux-mêmes donner primitivement et à la veille de la promulgation du Code à leur disposition favorite, erreur qui rend d'autant plus injustifiable les prétentions des modernes défenseurs de l'article 340 actuel, de le conserver tel qu'il existe aujourd'hui, détourné de sa portée intentionnelle primitive.

Ce n'est pas seulement, disons-nous, le travail parlementaire d'alors qu'ils ont omis d'étudier, quand ils parlent d'opinion unanime et sans souffler un mot de la pression exercée par un homme sur beaucoup; mais c'est encore le débat spécial qui eut lieu sur l'article 340, lequel manifeste de la façon la plus claire l'intention de n'entendre la nouvelle règle qu'avec de très nombreuses exceptions, exceptions allant jusqu'à compromettre le principe, on peut l'affirmer, car ces exceptions contenaient à peu près tous les cas que M. Bérenger voulait mettre aujourd'hui hors de la règle par son projet du 16 février 1878. Et M. Cazot qui lui a reproché de ne plus laisser subsister le principe qu'à demi, aurait été obligé d'adresser le même reproche aux législateurs de 1803.

Les choses que nous avançons là ont tellement été perdues de vue que personne n'en a fait mention dans la discussion du sénat des premiers jours de novembre; et nous allons sans doute bien étonner M. Cazot, qui se réclame avec tant d'insistance de l'autorité des législateurs de 1803 pour sa thèse de l'interdiction absolue<sup>1</sup> en lui montrant qu'il va bien au-delà de ses auteurs, qu'il serait répudié par eux, comme beaucoup trop exclusif, et qu'enfin — pour en arriver aux points précis de divergence — il n'a pas été entendu du tout par ces messieurs, comme M. Cazot a prétendu le faire, que la jeune fille serait laissée sans ressource en cas de promesse de mariage violée, ou l'enfant sans secours en cas de possession d'état : les deux cas principaux justement visés par la proposition de M. Bérenger.

<sup>1</sup> Sauf le cas d'enlèvement bien entendu : mais cela est si peu pratique qu'il ne vaut pas la peine d'en parler ici.



Inviquons tout de suite les textes ou plutôt les témoignages qui sont formels.

Relativement aux promesses de mariage voici ce qui se passa dans la séance du 26 brumaire an X (17 nov. 1801)<sup>1</sup>.

« Le CONSUL CAMBACÉRÈS dit qu'avant d'aller plus loin, il est peut-être nécessaire de prononcer sur le cas où la grossesse a été précédée d'une promesse de mariage.

M. TRONCHET fait observer que les rédacteurs du projet de Code civil ont proposé de décider que les promesses de mariage ne donneraient lieu qu'à des dommages-intérêts.

M. RÉAL dit que la section pense que *les dispositions sur les promesses de mariage doivent être renvoyées au titre des actions.*

M. BOULAY dit que souvent le fait de la grossesse est un motif de ne pas déferer à la promesse de mariage, et qu'il serait trop dur d'en faire un motif de contrainte.

Le consul CAMBACÉRÈS dit que son idée n'est pas de rendre dans cette hypothèse le mariage forcé; qu'il désire seulement que le cas soit prévu et décidé.

M. RÉGNIER dit que *la circonstance de la grossesse augmente les dommages-intérêts dus pour l'inexécution de la promesse de mariage, parce qu'on suppose qu'elle est l'effet de la promesse.* »

Et l'on passe à un autre sujet : depuis, la question n'a plus été touchée. On peut donc prendre l'opinion qui s'est manifestée ce jour-là comme l'opinion définitive; elle est unanime, comme on l'a vu, en faveur d'une sanction à donner aux promesses de mariage (sauf une divergence de M. Boulay qui ne porte pas sur le principe).

Or que demandons-nous en premier lieu? Que demandait M. Bérenger, autre chose que MM. Cambacérés, Tronchet, Réal, Régnier? Il est bien entendu que, dans toute recherche de la paternité, c'est la question des aliments qui est principale et essentielle par le but qu'on poursuit, lequel est de secourir avant tout le nouvel être; et les dommages-intérêts, ayant le même but, réalisaient la même idée.

Et maintenant, quant à la possession d'état, l'intention des

<sup>1</sup> Fenet : *Ibid.*, tome X, p. 77.

conseillers d'État, dans cette séance, n'est pas moins claire. Le texte primitif de l'article 340 (art. 6 du projet) portait : « La loi n'admet point la recherche de *la paternité non avouée* ». Quel sens attachait-on à ces deux petits mots qui sont disparus sans qu'on sache pourquoi? Nous allons le savoir :

« Le ministre de la justice pense qu'il est nécessaire d'expliquer ces mots de l'article : *la paternité non avouée*; ils semblent ne faire résulter l'aveu que d'une reconnaissance inscrite sur le registre public, et cependant *cet aveu peut résulter encore d'écrits privés du père et d'autres circonstances.* »

M. Boulay adopte l'amendement <sup>1</sup> (!). »

Pouvait-on dire mieux qu'on prenait pour son compte la loi du 12 brumaire quant à la théorie de l'aveu, qu'en d'autres termes on ferait résulter celui-ci de soins donnés à l'enfant ou d'écrits émanés du père — encore d'une façon fort analogue à ce que demandait M. Béranger?

Maintenant ces deux mots essentiels ne se sont pas retrouvés dans le texte définitif; c'est vrai. Mais par suite de quoi? D'un revirement dans l'opinion du législateur? Il n'en est pas trace dans les procès-verbaux; la séance dont nous avons parlé est la dernière qui ait eu lieu à ce sujet. C'est donc simplement par un caprice ou une inattention du copiste ou du dernier rapporteur — à moins que par hasard il n'y ait eu une influence plus puissante qui soit venue s'interposer d'une façon abusive; car cette hypothèse est en elle-même très admissible, quand on connaît l'homme qui a donné son nom au Code, d'autant plus admissible qu'il avait pris part à la discussion et y avait manifesté clairement son opinion en prononçant la fameuse parole tant de fois reproduite : « ... la société n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus. » — Qu'il ait donc par un subterfuge cherché à obtenir ce qu'il n'avait pas pu gagner directement, c'est assurément là ce qui est dans l'ordre des choses. En tout cas l'étrange modification de l'article (qui est avouée par les commentateurs), sans aucune raison ni prétexte, ne peut être rapportée qu'à l'une ou l'autre des deux alternatives.

Et si nous répugnons par trop à l'attribuer à une négligence,

<sup>1</sup> Fenet : *Ibid.*, t. X, p. 77.

souvenons-nous que c'est à une négligence incontestablement que nous devons l'avortement de la disposition annoncée sur les promesses de mariage, car là il n'y a aucun doute, il est bien certain qu'en ce point les rédacteurs n'ont pas tenu ce qu'ils avaient promis<sup>1</sup>.

En résumé notre démonstration est faite. Ce n'était qu'avec cette restriction immense, nous pouvons bien le dire avec M. Cazot, des promesses de mariage consacrées et de la possession d'état reconnue qu'on admettait le principe de l'interdiction. C'était la loi de brumaire an II, qu'on consentait à reconstituer, la loi de brumaire tout au plus.

Quand M. Cazot voit dans le Code civil un progrès sur celle-ci (à son sens bien entendu), c'est-à-dire un pas de plus dans l'interdiction, il oublie qu'on ne comprend une loi qu'en l'interprétant avec celles qui l'entourent ou devraient l'entourer, avec ce qui a précédé ou suivi son vote; que l'article 340 reconnaissant comme dérogation la possession d'état est bien différent de ce qu'il est s'il la repousse, et que la consécration (quelle qu'elle fût) des promesses de mariage amène des conséquences considérables que leur nullité ne comporte pas.

Qu'on nous entende bien ici : nous ne reprochons pas à M. Cazot d'interpréter comme il le fait l'article 340 actuel, tel qu'il a été inséré au Code, dans sa teneur présente, et sans autre tempérament pour le modifier. En cela il a, à notre sens, parfaitement raison; et nous l'avons dit assez dès le commencement : sont dans le tort ceux qui veulent y voir autre chose que ce qui est demeuré définitivement, autre chose qu'une interdiction absolue, ceux qui veulent faire prédominer l'équité sur la lettre de la loi qui s'impose.

Ce que nous lui reprochons, c'est d'avoir passé sous silence les incidents caractéristiques du vote de cet article, puisque seuls ils peuvent nous initier à l'état mental de l'époque, état mental sur lequel en somme M. Cazot et ses amis se basent pour

<sup>1</sup> C'est du reste un procédé qui malheureusement n'est pas isolé et qu'on retrouve dans plusieurs autres matières importantes, ainsi : le droit successoral de l'époux survivant qui a été oublié, la publicité des transmissions immobilières (voir tous les auteurs).

justifier leur thèse prohibitive, quand ils invoquent le consentement universel en leur faveur.

Reconnaissons dès maintenant que s'il y avait un consentement universel il n'allait pas à cette époque au-delà d'une prohibition très restreinte et laissant encore assez large champ à la recherche : pour le caractériser par quelque chose de positif il se serait accordé assez bien avec la proposition faite par M. Bérenger <sup>1</sup>.

Mais ce consentement universel lui-même existait-il ? N'avons-nous pas déjà vu Cambacères, dont l'opinion est bien de quelque poids venir ainsi troubler cette unanimité tant vantée, et lui, l'auteur du nouveau principe, en quelque sorte faire amende honorable et nous révéler franchement à quoi était due son introduction ?

Faut-il rappeler ce que disaient quelques mois avant Duveyrier et Andrieux ? Mais ils n'étaient pas les seuls à émettre cette opinion, tant s'en faut, et puisque cette discussion au Tribunat où ils prirent la parole est la seule qui nous soit restée d'un corps indépendant (c'était avant son *épuration*), il faut bien s'y arrêter. Rien n'est plus intéressant d'ailleurs et rien n'est plus en désaccord avec cette légende que nous combattons depuis le commencement de cet article <sup>2</sup>.

Sur l'article 60 qui arrêta l'attention des tribuns et que nous avons expliqué plus haut (désignation du père par la mère dans l'acte de naissance), nous entendons douze orateurs. Sur ces douze, cinq sont franchement pour la recherche de la paternité, en principe et au fond, non d'une façon incidente ou douteuse ; trois lui sont opprés d'une façon à peu près aussi décidée<sup>3</sup> ; quatre évitent de se prononcer <sup>4</sup>. On voit combien nous sommes loin de

<sup>1</sup> Nous n'avons pas parlé d'un troisième chef de cette proposition (outre la séduction et la possession d'état) en raison de son peu d'importance reconnue par les deux parties ; c'est le viol. On comprend que nous n'abordions pas tous les détails dans cette étude générale.

<sup>2</sup> M. Cazot a écrit ceci dans son rapport : « Le législateur de 1803, avait pour ainsi dire encore sous les yeux la triste expérience du passé, et il voulait en prévenir le retour. Conseillers d'État, orateurs du gouvernement, tribuns, tous étaient d'accord sur ce point. » On va voir ce qu'il en faut penser, et par là on appréciera comment la question a été traitée jusqu'ici.

<sup>3</sup> Sedillez, Grenier, Parent-Réal.

<sup>4</sup> Benjamin-Constant, Caillemer, Duchesne, Huguët.

l'unanimité : si loin que la thèse que nous soutenons l'emporte évidemment au Tribunal à cette date, et que nous pourrions avancer dès à présent qu'avec un Tribunal continuant à fonctionner normalement, sans son *épuration* qui arriva fort à propos, et sans l'affaiblissement de son influence qui suivit sa diminution d'action, l'article 340 n'aurait jamais pris place au Code civil.

Ces affirmations sont assez graves pour demander une vérification complète ; et l'énorme intérêt qu'il y a faire enfin la lumière sur cette question tant obscurcie mérite bien quelques lignes de plus. Nous sommes d'autant plus porté ici à présenter des citations pour appuyer nos dires que nous allons trouver dans quelques paragraphes tout un plaidoyer théorique que nous n'aurons plus la peine de faire nous-mêmes. Et peut-être enfin, devant cette accumulation de témoignages en faveur d'une thèse, sera-t-on tenté de demander un peu ses titres à celle qui s'affirme comme devant être crue sur parole sans jamais fournir de preuves.

Nous allons suivre l'ordre des discours prononcés, et nous laissons le lecteur juge du point de savoir si des gens qui parlent ainsi sont pour ou contre la recherche de la paternité :

Le tribun PERREAU « ... Que craignez-vous donc, de cette déclaration reçue dans l'acte de naissance ? mais une injure faite à la réputation, mais le trouble que cette licence peut jeter dans les familles, mais la désunion d'époux jusque-là confiants et heureux. Daignez observer que ces considérations peuvent ne pas avoir, dans la vérité, autant d'importance qu'on leur en prête ; qu'une femme assez vile pour faire une déclaration fautive trouverait dans l'opinion beaucoup moins d'appui qu'on paraît le croire ; que si elle ne l'était déjà, elle serait bientôt assez connue pour que l'infamie n'en retombât que sur elle, que l'homme honnête aussi injustement attaqué serait peut-être vengé dans cette opinion si redoutable, avant même de savoir qu'il a été l'objet de l'outrage...

« Pensez-vous de bonne foi, que pour une déclaration fautive il n'y en aura pas cent vraies ? Et vous hésiteriez d'après ce calcul ?...

« N'abandonnez pas sans appui, sans espoir, la faiblesse sé-

duite et trompée, dans la vaine crainte de tel ou tel abus que la corruption peut faire d'une disposition bienveillante.

« Il est temps de mettre fin à ce reproche, qui serait ici, comme dans tant d'autres circonstances, trop justement mérité, que les lois faites par les hommes semblent n'avoir été faites que pour eux. Soyons plus justes envers les femmes, et ne nous prévalons pas toujours contre elles de la crainte des vices dont la première cause ne peut si souvent être imputée qu'à nous<sup>1</sup>. »

Le tribun ROUJOUX : « L'art. 60 tend-il à troubler les familles ? — Je le nie encore et par les motifs que je viens de déduire et par ceux que je vais y ajouter. Des époux s'estiment bien peu, des maris inspirent à leurs femmes bien peu de confiance et de sécurité, si la déclaration d'une prostituée, que l'on dit même devoir être sollicitée par des méchants, a le pouvoir étrange d'effacer tout à coup les sentiments d'union, de confiance et d'abandon qui les ont unis longtemps. C'est injurier gratuitement et les maris et les épouses et tous les gens de bien que d'établir de pareilles probabilités ; c'est ravaler à la fois le cœur et l'esprit, et le caractère et la raison des hommes...

« Si je raisonnais d'après la méthode des censeurs du projet, je dirais avec des moyens tout aussi spécieux, que ses dispositions tendent à corriger, à améliorer les mœurs ; que la faculté accordée à la mère, de déclarer le père de son enfant, retiendra les jeunes séducteurs, mettra un frein aux passions brutales de quelques vieillards débauchés ; je dirais que les maris jaloux de conserver la paix et l'union de leur ménage, veilleront plus attentivement sur leur conduite, sur leurs connaissances, sur leurs liaisons, je ferais un volume sur les effets d'un article que j'envisagerais toujours au profit des mœurs...

« Sur cent malheureuses victimes de l'amour, si l'article donne un père à un seul infortuné, n'aura-t-il pas fait mille fois plus de bien pour l'humanité qu'une prétendue calomnie n'aura fait de mal à un homme de bien<sup>2</sup> ?

Le tribun DUVEYRIER : « Si toute recherche de la paternité est interdite hors le mariage ; si la mère naturelle n'a pas même le

<sup>1</sup> Fenet : *Ibid.*, t. VIII, p. 149, 150.

<sup>2</sup> Fenet : t. VIII, p. 153, 154.

droit de solliciter par un signe public, je ne dis plus, la tendresse et la bienveillance, je dis la pudeur de l'homme qui l'a rendue mère, quel frein laissez-vous donc aux passions humaines, aux dérèglements, à la débauche ? Est-ce l'impunité du désordre social que vous décrêtez, que vous érigez en système social, en loi civile ? Eh ! que n'ordonnez-vous que les corrupteurs soient aussi affranchis du remords ?

« Tout père d'une fille nubile doit frémir.

« Ce ne sont pas les femmes, dit Montesquieu, ce sont les hommes qu'il faut porter au mariage.

« Les hommes garantis par la loi même du joug social, et forcés par la loi même à l'impudeur publique, n'auront plus besoin du mariage, et le repousseront même pour accumuler en despotes licencieux les plaisirs quelquefois partagés et plus souvent arrachés à la faiblesse.

« La population sera frappée ou confondue dans ses premiers éléments. Une nouvelle race, une population nouvelle d'enfants vulgaires, d'êtres isolés, sans père, sans famille, sans ressources, sans aliments, fatigant, épuisant la charité publique, pèsera comme un fardeau infâme et bientôt dangereux sur la société entière ; et la postérité admirera comment dans ce siècle de justice et de lumières, chez une nation glorieuse de ses exploits guerriers et de ses institutions politiques, la corruption des mœurs s'est accréditée au point d'obtenir de la loi même un encouragement et une récompense <sup>1</sup>. »

Le tribun SIMÉON : « ... Enfin cette licence laissée aux femmes, cette croyance aveugle à leurs déclarations, ne produit pas en Angleterre les abus dont on la pourrait croire susceptible ; et ceux qu'elle entraîne ne troublent ni les mariages faits ni les mariages à faire : on paie le malheur d'avoir été connu seulement de nom et de demeure par une fille impudente ; on n'en est pas moins réputé un époux fidèle, un jeune homme de bonnes mœurs ; une imputation trop facile et discréditée par sa facilité ne fait aucune impression.

« Elle n'en fait pas davantage en France ; elle doit en faire moins, puisque dès longtemps nous nous sommes affranchis de

<sup>1</sup> Fenet : t. VIII, p. 176, 177.

cette vieille règle conservée par les Anglais, qu'il faut croire à la déclaration d'une fille enceinte.

« L'argument le plus fort contre la disposition attaquée, c'est qu'elle peut fréquemment produire de graves inconvénients ; et les faits et l'expérience démontrant que cette possibilité ne se réalise pas, le projet de loi est défendu et justifié.

Il ne s'agit point ici d'un essai périlleux que l'on veuille tenter : la disposition n'est que le renouvellement de ce qui est, de ce qui a été de tous les temps, de ce qu'on pratique habituellement, sans qu'aucun abus intolérable en ait exigé le remède <sup>1</sup>. »

Enfin, le tribun ANDRIEUX : « J'ai beaucoup entendu parler contre les femmes par ceux qui ont attaqué cette mesure ; on me permettra de parler un peu pour elles dans une assemblée d'hommes justes et sensibles, de magistrats éclairés qui savent que les lois ne sont pas faites pour une moitié seulement du genre humain...

« On est épouvanté du danger des fausses déclarations... Croyez-vous donc qu'il y en aura tant de fausses ?... Et d'ailleurs ne pourra-t-on pas s'en défendre ? Et tous tant que nous sommes vivons-nous à l'abri de toutes les accusations fausses et calomnieuses ? Supprimera-t-on les accusations afin qu'un innocent n'y puisse jamais être exposé ? Cette jurisprudence serait tout à fait commode pour les coupables...

«... Les hommes pourraient faire à leur gré des victimes, pourvu seulement qu'ils eussent ensuite l'âme assez dure pour les oublier !...

« On nous parle de femmes sans pudeur et sans honte, de femmes perdues, de débauchées ! Heureusement il s'en faut de beaucoup qu'elles forment le grand nombre. Mais l'homme sans cœur et sans entrailles qui abandonne celle qu'il a rendue mère, qui n'est pas touché de l'idée que son enfant naîtra pour lui sourire, ce libertin endurci est-il donc si recommandable ? Vaut-il mieux que la femme débauchée ? Et la femme débauchée a été aussi une jeune fille innocente !... Elle n'aurait pas perdu ses

<sup>1</sup> Fenet : t. VIII, p. 181.



mœurs si son premier séducteur eût été retenu par une crainte salutaire <sup>1</sup>. »

Voilà ce que pensait une grande partie des membres du Tribunal, nous avons bien le droit de le dire, puisque les orateurs que nous avons cités forment indiscutablement la majorité de ceux qui prirent la parole sur la question; et dans ces accents éloquents, tantôt prophétiques, hélas ! pour ce qui est des causes futures de l'immoralité publique et de son accroissement continu, comme pour ce qui est de la dépopulation et de la stérilité des mariages : tantôt convaincus et décisifs quant à l'innocuité de la règle ancienne vengée de ses attaques; dans ces accents devaient se reconnaître la plupart des libres esprits d'alors qui n'allaient pas prendre leur mot d'ordre auprès d'un maître.

Encore n'ai-je compté à notre actif que ceux des tribuns qui ont pris formellement parti pour la thèse de la recherche en s'en constituant les défenseurs. Mais parmi ceux-là même que j'ai appelés des indifférents, combien de leurs phrases ne pourraient s'expliquer et s'admettre dans l'opinion opposée. Ainsi celle du tribun HUGUET : « ... Du jugement précédent il résulte la preuve bien évidente qu'il était reconnu que la mère avait pu, avait eu la faculté de déclarer le nom du père; ainsi on ne doit donc pas considérer l'article comme une innovation, mais dire que de tout temps cela s'est pratiqué ainsi, que de tout temps la mère a eu le droit de déclarer le nom du père, et vous êtes à même de juger quelles sortes d'inconvénients il en est résulté jusqu'à présent <sup>2</sup>. »

Ainsi celle-ci du tribun DUCHESNE, la dernière que nous voulions reproduire : « ... Je demande de quel droit on prétend ravir à un enfant son état futur, pour rassurer quelques hommes pusillanimes qui s'alarmeront d'une fausse déclaration de paternité? Je demanderai si pour la garantie même de ces hommes si peureux, on peut prendre de précaution plus sage que d'arracher l'aveu de la mère dans le moment même de ses souffrances, où le danger de la mort doit bannir le mensonge de ses lèvres, de son cœur toute idée de ressentiment, et de son esprit toute combinaison perfide d'intérêt personnel. — Non, ce ne sera jamais, ou

<sup>1</sup> Fenet : t. VIII, p. 194, 197.

<sup>2</sup> Fenet : t. VIII, p. 208.

du moins bien rarement en vue de cet intérêt qu'elle proclamera le père de ses enfants dans l'acte de naissance, et ce n'est point aussi pour son intérêt que nous persistons à croire l'article 60 à l'abri des inculpations qu'on lui a faites, mais uniquement pour celui de l'enfant lui-même, auquel la loi doit toute sa protection<sup>1</sup>. »

Finalement, le projet fut admis, comme on le sait; et sans vouloir attribuer le vote de l'art. 60 si débattu à une idée unique, on peut dire du moins que la discussion avait tourné à la confusion de ceux qui préméditaient l'article 340. Ce qu'on sait encore, c'est que de gros événements parlementaires survinrent, à savoir : le retrait des trois premiers titres du Code civil sous le prétexte que les deux premiers avaient été repoussés par le Tribunal; et alors, chose plus grave ! l'épuration du Tribunal lui-même par le remplacement du tiers des membres par des créatures du Premier consul. En même temps changement du mode de délibération de cette assemblée. De sorte que nous n'avons plus de discussions publiques de ce corps chez qui, du reste, elles auraient beaucoup perdu en intérêt depuis son épuration. Et ainsi nous ne trouvons plus rien de ce qui pourrait nous intéresser concernant la chambre destinée à débattre les lois conjointement avec le Conseil d'Etat, et nous en sommes réduits à la discussion qui portait très indirectement sur la recherche de la paternité pour savoir ce qu'en pensait le Tribunal, et surtout ce qu'en aurait pensé le Tribunal non épuré<sup>2</sup>...

Car il faut bien nous arrêter à cet espèce de coup d'État parlementaire en ce qui nous concerne. Et laissant de côté son ca-

<sup>1</sup> Fenet : t. VIII, p. 216.

<sup>2</sup> Les dates sont importantes ici; le titre des *Actes de l'état civil* discuté les 2, 4, 5, 6 et 7 nivôse an X, avait été adopté dans la dernière séance : le 12, un message annonçait que le gouvernement retirait tous les projets de loi, attendu « que le temps n'était pas venu où l'on portât dans ces grandes discussions le calme et l'unité d'intention qu'elles réclament. » Les travaux législatifs furent interrompus six mois que le gouvernement mit à profit pour éliminer du Tribunal tous les membres qui lui portaient ombrage. L'illégalité consista à effectuer le renouvellement du cinquième des membres prévu par la Constitution non pas au moyen du tirage au sort comme cela allait de soi, mais en faisant désigner par le Sénat les membres sortants.

ractère politique, nous pouvons nous demander s'il est tout à fait étranger à notre question, par ses conséquences, sinon par ses origines. Il faut bien prendre les événements tels qu'ils sont.

Voilà un homme tout puissant qui a son siège fait sur une question : nous savons dans quel sens <sup>1</sup>. Il était résolu à faire triompher son idée dans la limite du possible ; nous savons qu'il n'admettait pas la réplique, et qu'il devait dans bien d'autres cas imposer sa volonté, par exemple à propos du divorce. Sa volonté qu'il voulait faire triompher dans le titre de LA FILIATION était connue quand on discuta au Tribunal le titre sur les ACTES DE L'ÉTAT CIVIL contenant incidemment une allusion à cette question. Un grand nombre de tribuns saisissent cette occasion de manifester leur opinion et même protestent contre l'éventualité menaçante d'un article 340... Et subitement le projet qui contenait la disposition assez malencontreuse pour avoir donné l'éveil (article 60), ce projet quoique voté est retiré, le Tribunal est épuré et la discussion publique lui est retirée. Il y a là, dans ces coïncidences, une conclusion que nous laissons à tirer au lecteur, mais qui n'est certes pas en faveur de l'article 340, dénué, dès à présent pour nous, dans son origine, de tout caractère de délibération réfléchie et libre.

<sup>1</sup> Le caractère de Napoléon, tel qu'il résulte de toute sa conduite, a été très bien peint à ce propos par Lanfrey (*Histoire de Napoléon 1<sup>er</sup>*, t. II, p. 414) : « Il professait, dit cet auteur, au sujet des femmes des opinions à la Turque, d'un positivisme brutal et soldatesque dont on ne trouve que trop de place dans la théorie du Code, et chose caractéristique, il prétendait les moraliser en abaissant leur condition. » — D'ailleurs ici comme autre part il était porté par son système de gouvernement à offrir aux hommes en compensation de leur servitude, les droits de toutes les femmes, qui réduites ainsi à merci, leur donneraient le change sur leur nullité politique. Ainsi devait-il agir dans la question des *devoirs des époux* où son intervention décida du maintien de la puissance maritale. (Fenet, t. IX, p. 72). Dans notre matière, cette politique lui était imposée, car sa prédilection pour les immenses armées permanentes et par conséquent pour des légions de célibataires lui faisait comme une nécessité d'État d'un article 340 sans lequel leur position eût été difficilement supportable. — Il y a de curieuses statistiques sur les accroissements de naissances naturelles à la suite des traités de paix pendant l'Empire et de la rentrée des hommes dans leurs foyers.

Aussi bien, nous n'en sommes pas réduits à de simples inductions pour discerner l'influence brutale de l'homme qui ne souffrait pas de résistance ; ne la saisissons-nous pas sur le vif ? Quand on voit le tribun Duveyrier dont nous connaissons maintenant les opinions soutenir quelques mois après (le 30 ventôse, an XI) des opinions diamétralement opposées dans son rapport au Corps législatif, on est fixé sur la valeur de bien d'autres conversions aussi soudaines. Et véritablement, nous aimons mieux croire à M. Duveyrier faisant partie d'un Tribunal libre encore qu'à M. Duveyrier faisant partie d'un Tribunal asservi ou annulé.

Si une disposition qui après s'être introduite comme nous le savons, a été conservée dans la rédaction comme nous le présumons, peut raisonnablement être dite issue « de la conscience publique »<sup>1</sup>, nous ne savons pas vraiment de laquelle on n'en pourrait pas dire autant !

Mais quand il serait vrai qu'elle a été votée en toute connaissance de cause et en pleine indépendance — ce qui n'est pas ; quand il serait vrai que des protestations n'aient pas été étouffées et que tous les esprits d'alors l'aient accueillie en 1803 avec enthousiasme comme une nécessité et une délivrance, ce qui est démontré faux par tout notre historique ; quand, dis-je, nous ne devrions par y voir une disposition subrepticement introduite et ensuite brutalement imposée, est-ce qu'il en résulterait que nous devrions la garder aujourd'hui ?

Examinons.

## V.

### Après le Code civil.

Les hommes d'alors, Napoléon en tête, à côté de l'interdiction de la recherche, posaient immédiatement quelque chose comme correctif et comme recours pour la mère dont ils reconnaissaient tout ce que la situation avait d'étrange. Ils mettaient les *tours*, c'est-à-dire des refuges où la fille-mère incapable de nourrir son enfant venait le déposer, sans avoir aucune formalité à remplir, aucun délai à subir, aucune inquisition à supporter (décret du 19 janvier

<sup>1</sup> Expression de M. Cazot.

1811). Les tours, c'était dans l'intention de ceux — faut-il dire de celui qui avait inscrit l'art. 340 au Code? — la contre-partie de la disposition mère, son corollaire obligé. Et Napoléon lui-même ne comprenait pas sans doute l'exonération du vrai père sans son remplacement par le grand parent, la Patrie <sup>1</sup>. Une fois admis l'abandon de l'enfant par le père, il s'ensuivait pour lui d'une façon forcée et normale l'abandon de l'enfant par la mère : puisque partout et toujours on a admis que l'éducation de l'être humain était l'affaire de deux individus, en d'autres termes une œuvre essentiellement collective.

Or, est-il besoin de rappeler ce qui est dans toutes les mémoires? de rappeler ce qui est arrivé des tours qui ont disparu dans un immense avortement, leur décroissance graduelle depuis 1834 jusque vers 1860 où bientôt il n'en resta plus aucun et au moment où ils auraient été le plus utiles par le nombre des enfants à recueillir qui avait cru de 1810 à 1833 de 55.800 à 130.945, mais décroissance rendue inévitable par l'impossibilité de les rendre utiles et de les faire fonctionner au moins d'une façon décente?

A-t-on oublié ce que disait le docteur Villermé, que pendant les années 1817 à 1821, par exemple, les 2/3 des enfants naturels recueillis dans les hospices mouraient dans la première année et que sur 4.000 individus il n'y en eut que 22 qui atteignirent leur douzième année?

A-t-on oublié les cris d'alarme que cette effrayante mortalité arrache à tous les spécialistes, M. Bertillon, M. Brochard qui dit <sup>2</sup> : « Peu d'histoires sont aussi lamentables que l'histoire des enfants trouvés en France » ; et enfin que l'enquête générale sur les enfants assistés fixait ainsi la proportion dans des chiffres inoubliables :

Mortalité des enfants naturels de 1 jour à un an.

Loire-Inférieure. . . . . 90 %

Seine-Inférieure. . . . . 87

<sup>1</sup> S'inspirant de la même idée, la Convention allait jusqu'à donner une récompense publique à toute fille-mère qui aurait nourri son enfant pendant 10 ans. Et l'avocat général Servan, cité plus haut, disait à son tour : « L'enfant est né dans l'État, et si son père n'est pas connu, c'est son roi qui doit l'être. » Il n'aurait donc pas admis que *le roi* ou *le pays* se débât.

<sup>2</sup> *De l'allaitement maternel*, p. 158.

Eure . . . . .	78 %
Calvados . . . . .	78
Aube . . . . .	69
Seine-et-Oise . . . . .	69

C'est à peine si l'on ose parler de tours, car c'est parler d'un remède pire que le mal, dérisoirement impuissant, condamné à tout jamais.

Oui l'expérience a été faite, et elle a échoué ; il n'y a pas à y revenir, elle est complète. Que pourraient produire quelques améliorations de détail contre le vice de l'institution elle-même ?

Mais cette expérience portait non seulement sur les tours, mais encore sur le régime tout entier dont ils étaient l'organe essentiel, sur le régime établi par l'article 340.

Proposer de conserver celui-ci quand l'institution nécessaire à son fonctionnement a disparu, n'est-ce pas fermer les yeux au bon sens ou à l'histoire ?

S'attacher à cette épave du Code civil qui ne tient plus à rien, est-ce faire de la politique ?

Ne retenir de la volonté des auteurs du Code que ce qui posait le problème, sans penser à la solution qu'ils y jugeaient indispensable et qu'ils y apportaient aussitôt, est-ce faire du droit ?

Voilà la question, la question qui juge la discussion qui vient d'avoir lieu au Sénat, et nous dispenserait à la rigueur de l'examiner à d'autres points de vue.

Mais puisqu'on n'a pas l'air d'apercevoir cette corrélation entre les tours d'un côté et l'article 340 de l'autre, et que devant une expérience décisive d'un demi-siècle on en est encore à faire du dogmatisme juridique sans souci du passé et des faits, il nous faut bien appuyer en quelques mots sur la réalité.

Croyez-vous que les auteurs de l'article 340, encore une fois, l'auraient inscrit au Code s'ils avaient pu prévoir que de là comme de la boîte de Pandore il serait sorti les plus lamentables phénomènes sociaux auxquels jamais nation ait pu assister :

Les infanticides doublant et au delà dans l'espace de 50 ans, de 1826 à 1875 ;

Les avortements quadruplant en bien moins de temps encore, en 25 ans, de 1826 à 1851 ;

Sans compter les morts-nés illégitimes (dont la source se devine trop aisément) qui dans une période de 20 ans augmentent d'un tiers, de 4,500 en 1851, allant à 6,600 en 1872.

Sans parler de l'énervement de la justice répressive qui cesse de frapper les crimes contre l'enfant, se reconnaissant impuissante contre ce débordement<sup>1</sup> ?

Voilà les conséquences directes, incontestables du nouveau principe, puisqu'on les suit pas à pas à mesure que, l'utopie de l'éducation par l'État ayant été essayée et abandonnée, on n'offre plus que le néant à la mère désarmée et à l'enfant deux fois abandonné par son père et par la patrie. Devant ces chiffres, qui année par année supputent ces vies humaines perdues, ces enfants s'éteignant plus ou moins lentement dans les institutions insuffisantes de l'État ou en dehors d'elles, et qui enregistrent avec une progression continue ces hécatombes de malheureux réduits à une mort certaine, est-il possible de rester insensible? Et à quoi bon chercher ailleurs des arguments?

Les statistiques étrangères qu'on ramasse ensuite de ci, de là, pour les opposer à des constatations trop concluantes, ne sont-elles pas en dehors de la question?

Qu'importe que certains pays où la recherche est permise voient se produire plus de naissances naturelles que la France. Là question n'est pas tant de savoir combien naissent d'enfants naturels, que de savoir combien vivent, — est-il besoin de le dire? Et nous savons qu'en France ils ne vivent pas; tandis que les pays qu'on invoque surtout en ce point, les pays d'Allemagne<sup>2</sup> augmentent chaque jour d'une population que l'émigration à l'étranger ne parvient pas à réduire.

Nous comprenons donc que ces pays ne s'inquiètent pas de leurs nombreux enfants naturels, surtout quand il y a d'autres

<sup>1</sup> M. Portalis, le fils de celui dont le nom est resté attaché au Code civil, en présence de cet effondrement de l'œuvre de son père, fit en 1856, au Sénat du second Empire une proposition bien significative pour réagir contre le mouvement qui emportait les tours; il demanda qu'ils devinssent absolument obligatoires, que les enfants trouvés fussent déclarés enfants adoptifs de l'État, etc. — Et que n'eût pas fait le grand Portalis lui-même pour sauver la situation où il avait tant trempé — sans aboutir davantage d'ailleurs!

<sup>2</sup> Discours de M. Cazot au Sénat, et rapport sur le projet.

raisons spéciales qui les expliquent d'une façon satisfaisante et que nous exposerons tout à l'heure. Mais nous avons, nous, à nous préoccuper des naissances naturelles elles-mêmes qui diminuent d'autant les légitimes déjà si peu nombreuses aux yeux des patriotes soucieux de la dépopulation de la France et de la stérilité de ces produits destinés à une mort rapide ou à une vie misérable<sup>1</sup>.

Et ces raisons spéciales qui éclairent d'un jour tout nouveau les statistiques données sur la Prusse et la Bavière, en apparence contraires à notre thèse, les voici : puisqu'aussi bien elles ont pu faire impression sur le Sénat dans la bouche de M. Cazot qui n'a pas manqué de les reproduire et qui se serait peut-être abstenu de s'en servir, en approfondissant davantage la question.

Le grand nombre d'enfants naturels de certains pays où un système contraire à celui de la France est en vigueur, ne prouve absolument rien ; parce qu'il ne signifie pas du tout qu'un nombre égal d'enfants soit abandonné par le père comme c'est le cas pour tous ou à peu près tous en France, puisque justement le phénomène a lieu dans les pays qui, reconnaissant d'une manière ou de l'autre les promesses de mariage ou les conséquences

<sup>1</sup> Sous le rapport de l'accroissement de la population, la France occupe le dernier rang de toutes les nations de l'Europe ; sa population mettant 193 ans à doubler, pour 52 que met l'Angleterre, 54 la Prusse, 36 la Russie. — Dr Brochard. — Or il est admis que la mortalité des enfants naturels la première année est plus que double de la mortalité des enfants légitimes : 80 0/0 contre moins de 15 0/0. Comment ne pas voir une corrélation entre ces deux faits ? Sans doute nous savons que les mariages sont moins féconds en France qu'ailleurs : mais justement l'interdiction de la recherche de la paternité n'agit-elle pas dans ce sens soit en rendant les unions plus tardives, soit en rendant les contractants moins propres à la génération par les excès d'un célibat prolongé — ainsi que le prévoyait le tribun Duveyrier (le premier) ?

Quant à la vie des enfants naturels qui ont été conservés par exception, tout le monde connaît les statistiques de Parent et Duchâtelet qui a trouvé à Paris une prostituée sur trois, issue d'une pareille filiation ; celles concernant les récidivistes où les enfants naturels entrent pour moitié ; celles enfin concernant les conscrits réformés pour infirmités ou faiblesse de constitution pour lesquels le contingent fourni encore par eux est notablement le plus élevé (35,50 0/0 contre 28,14 0/0, moyenne générale). Qu'ajouter à ce tableau achevé de misères morales et physiques ?



en un mot d'une union irrégulière, arrivent la plupart du temps ou du moins très souvent à régulariser dans la suite la situation des enfants qui en sont issus et par là à assurer leur avenir,

De sorte qu'on serait autorisé *a priori* à ne voir dans ces naissances naturelles qu'une annonce de mariage subséquent, une anticipation sur lui et qu'ainsi le remède est à côté du mal. Et cette présomption ne se vérifie-t-elle pas avec éclat dans la statistique de la Bavière (un peuple très invoqué contre nous) quand celle-ci nous apprend que *l'illégitimité prédomine surtout dans les premiers nés*<sup>1</sup>? Comment exprimer mieux que ces produits qu'on nous oppose ne sont qu'un acheminement au mariage au lieu d'en être comme chez nous l'obstacle et l'ennemi, qu'ils ne sont par conséquent que le gage de nombreux produits subséquents, et qu'ainsi ils doivent être mis à l'actif des peuples chez qui ils sont constatés au lieu de trouver place à leur passif<sup>2</sup>.

Et c'est qu'en effet, en Bavière, nous savons pertinemment que les promesses de mariage, à coup sûr une grande cause de chute pour la femme, sont sanctionnées par la prison de 1 à 6 mois.

Les peuples de même race, si nous pouvions présenter ici des détails aussi précis sur eux, nous fourniraient les mêmes données<sup>3</sup>.

Et les statistiques qu'on invoque sont ainsi des arguments en notre faveur,

Mais il y a plus. Et de même que nous avons trouvé une raison topique pour que ces pays tant cités n'aient pas à rougir de leur coefficient élevé de naissances naturelles, ni à redouter beau-

<sup>1</sup> C'est une remarque que M. J. Hain, *Statistique de l'Autriche*, fait également pour ce pays,

<sup>2</sup> Ce qui vient encore corroborer notre conclusion, c'est cette remarque qu'il n'y a à peu près pas plus de morts-nés illégitimes en Bavière que de morts-nés légitimes (3,25 0/0, contre 2,85), tandis qu'en France il y a une énorme différence entre les deux classes d'enfants, à ce point de vue (7,36 contre 4,04). Il est évident que cela provient de l'état bien meilleur de la fille-mère en Bavière; état moral et physique qui permet de l'assimiler déjà presque en tout point à l'épouse, par l'espoir qu'elle a de le devenir et les soins anticipés dont elle est l'objet. Voyez Legoyt: *Des naissances illégitimes en Europe*.

<sup>3</sup> Ainsi en Prusse, la séduction est punie, sauf, toujours, la réparation du mariage, etc.

coup de cette situation en apparence défavorable, nous en trouvons une autre en sens inverse et spéciale à la France pour qu'elle ne se prévale pas de la différence existant en sa faveur sur ce point. C'est que la prostitution en France existe à l'état de fait consacré, nous allions dire légal, puisqu'il y a une *police des mœurs* (on sait ce qu'il faut entendre par là) établie dans la plupart de nos grandes villes, indice et conséquence en même temps d'un état de choses fort répandu qu'on pourrait caractériser par le mot de polyandrie, et qui n'existe nullement au même degré dans les pays à comparer. Or qui ne sait qu'il n'y a rien de moins fécond que la prostitution ? Donc un pays ainsi constitué doit avoir *a priori* moins d'enfants naturels que tout autre, et sans pour cela bien entendu que les naissances légitimes y gagnent. De ce chef résulte pour la France un déficit pour la population définitive que ne peuvent exprimer les chiffres, mais qui enlève encore pour une grande part aux chiffres des autres nations la signification qu'on voudrait y trouver au détriment de leur état social <sup>1</sup>.

Nous nous aveuglons donc grandement quand nous nous prévalons de résultats qui pourraient bien ne faire qu'accentuer notre déchéance ou notre infériorité.

Ces considérations ne manqueront pas de frapper beaucoup d'esprits. Mais quand elles n'auraient pas pour effet de renverser déjà les rôles dans la comparaison des statistiques, au moins nous accordera-t-on qu'elles sont largement suffisantes pour qu'on écarte tout argument tiré du coefficient relativement élevé d'enfants naturels dans des pays comme la Prusse ou la Bavière.

Et en présence de ces éléments complexes du problème qui rendent la solution malaisée par le simple rapprochement de pays différents, nous serions ainsi amené à la demander à un même pays qui sous nos yeux serait passé de l'un à l'autre des deux systèmes opposés, et chez qui l'essai pourrait ainsi être jugé pertinemment par ses résultats.

<sup>1</sup> L'explication que nous proposons a été formellement présentée par M. Kœnigswarter à propos de Munich où tout le monde l'admet (*Essai sur la législation des peuples anciens relativement aux enfants nés hors mariage*).

Ce pays existe à notre porte, c'est le canton de Vaud qui placé dans notre voisinage a été influencé par nous, assez pour vouloir nous imiter (c'est même le seul canton de la Suisse de son espèce, avec le Tessin). Quelle a été la conséquence du nouvel ordre de choses établi depuis 1855 ? C'est que les enfants naturels ont augmenté, et comme rien ne protégeait plus la mère — absolument comme chez nous, — les reconnaissances qui étaient nombreuses autrefois de la part du père, ont à peu près cessé complètement; l'abandon pour l'enfant, le déchet net de la population... tel est le bilan; en un mot ce que les chiffres nous faisaient entendre pour la France.

Cela ne nous mène-t-il pas à la vraie question qui est incluse au fond du problème de la recherche de la paternité ou de son interdiction que nous sommes maintenant en état de résoudre, car nous n'avons pour ainsi dire plus qu'à voir si la théorie concorde avec la pratique, et si nous n'aurions pas pu deviner ce qui est arrivé ?

LÉON GIRAUD.

(La suite prochainement.)

---

## BIBLIOGRAPHIE.

---

### PRÉCIS DE DROIT CIVIL .

Contenant dans une première partie l'exposé des principes, et dans une deuxième les questions de détail et les controverses,

Par M. G. BAUDRY-LACANTINIERE,  
professeur de Code civil à la Faculté de Droit de Bordeaux.

Compte rendu par M. Ch. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

- On conte que l'abbé de Choisy, ayant terminé son Histoire de l'Église, s'écria : « Je viens d'achever mon Histoire de l'Église, je vais présentement m'occuper de l'apprendre. » Beaucoup de jeunes gens, ayant atteint le terme de leurs études juridiques, pourraient prendre à leur compte le mot du spirituel abbé. Non

seulement, les connaissances pratiques leur sont défaut et on ne saurait leur en faire un sérieux reproche, car ces connaissances sont le fruit du temps. Mais, chose plus regrettable, leur esprit est souvent peu familiarisé avec les principes les plus élémentaires. Beaucoup d'idées fondamentales dans la science ne sont pour eux que de nobles étrangères. Faut-il attribuer ces résultats aux programmes devenus plus lourds qui encombreraient l'intelligence au lieu de la meubler ? Ne conviendrait-il pas plutôt de s'en prendre à la diffusion de ces manuels élémentaires, contre lesquels l'Université poursuit une campagne qui, pour n'avoir pas un caractère religieux ou politique, n'en est pas moins ardente ?

Le Précis de Droit civil de M. Baudry-Lacantinerie, professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux, n'a rien de commun avec ce genre de littérature. Ce n'est pas un de ces grands monuments, élevés à l'honneur du Droit civil, pour l'achèvement desquels la vie humaine est trop courte. De tels livres, indispensables aux savants et aux hommes d'affaires, rendent généralement peu de services à cette jeunesse que Justinien appelait, avec une bienveillance que les maîtres contemporains n'ont pas surpassée : *cupide legum juventuti*. Ils peuvent même lui être nuisibles, car, pour embrasser dans une période de trois années, une science aussi vaste que le Droit civil, l'étudiant a besoin qu'elle lui soit présentée plutôt avec le coup d'œil général de la synthèse qu'avec les détails de l'analyse. Mais, si M. Baudry-Lacantinerie ne nous donne pas un nouveau grand commentaire du Code, il a cependant produit une œuvre d'une utilité plus immédiate pour l'enseignement et la vulgarisation du droit. Son entreprise était difficile ; il ne se l'est pas dissimulé. La jeunesse de nos Facultés françaises, depuis bien longtemps, ne connaît qu'un guide : M. Mourlon. Elle sait qu'elle trouve dans ses Répétitions écrites, la substance du brillant enseignement de l'École de Paris. Il était malaisé d'ébranler sa confiance et de changer ses habitudes.

M. Baudry-Lacantinerie est, à coup sûr, celui de tous les commentateurs récents qui peut, avec le plus de succès, disputer à l'œuvre de M. Mourlon sa clientèle scolaire. Il est du reste venu à son heure, chose importante pour les livres, comme pour les hommes. Bien que rajeunies à diverses reprises, les « Répé-

titions écrites » commencent à vieillir. Des questions nouvelles ont surgi qui nécessitent d'abondants développements. Parmi les controverses que le Code civil avaient suscitées, dans les années qui suivirent sa promulgation, et que les Valette, les Demolombe et les Duranton avaient élucidées avec une si puissante dialectique, quelques-unes ont notablement perdu de leur intérêt. Parfois quelques arguments bien simples qui n'avaient point frappé l'esprit des premiers interprètes suffisent pour les résoudre, sans qu'il soit besoin de faire revivre dans toute leur étendue les discussions d'autrefois. Enfin, le Code civil, dans ces dernières années, a dû subir des remaniements que le temps avaient rendus nécessaires. Sur l'état des personnes, notamment, les problèmes les plus graves ont été mis à l'ordre du jour. On a agité successivement la question du divorce, celle de la recherche de la paternité naturelle, celle de la déchéance de la puissance paternelle, sur l'enfance abandonnée. Il est sûrement difficile de faire pénétrer ce courant d'idées nouvelles, dans un livre qui remonte à plus d'un quart de siècle. C'était donc bien le cas de présenter à la jeunesse des écoles un Précis plus jeune, plus vivant, moins étranger aux controverses du Barreau et de la Tribune.

Notre auteur a rempli ce programme. Les questions nouvelles reçoivent, dans son œuvre, les développements dont elles sont dignes, sans enlever cependant aux controverses classiques la place honorable qui leur appartient. Sur ce point, particulièrement, M. Baudry-Lacantinerie a une supériorité marquée sur M. Mourlon. Il ne s'est pas cru obligé de présenter les unes après les autres et sans en omettre une seule, toutes les considérations alléguées de part et d'autre. Il s'en tient avec raison aux arguments décisifs qui ont mis fin au débat et doivent déterminer la conviction du lecteur. On ne saurait trop le louer d'avoir dédaigné ces dénombrements d'arguments qui rappellent ceux des héros d'Homère, sans avoir comme eux le charme de la poésie. N'est-il pas à craindre que ce procédé d'exposition ne jette quelque confusion dans l'esprit de l'étudiant et ne lui fasse perdre de vue l'objet de la discussion ? Du reste, le travail de la doctrine et de la jurisprudence a été un travail d'élaboration. Il faut en tenir le plus grand compte. Mais il faut aussi en éliminer

tout ce qui est inutile et particulièrement des erreurs qui ont peut-être contribué à faire éclater la vérité, mais, qui dans tous les cas, sont d'un faible intérêt, au point de vue de l'enseignement juridique.

Qu'il nous soit permis cependant d'adresser à M. Baudry-Lacantinerie l'expression de quelques regrets. Nous n'avons pas trouvé, dans son premier volume, soit dans la théorie de la naturalisation, soit dans les pages consacrées à l'incapacité de la femme mariée et à la séparation de corps, l'exposé de la doctrine de l'auteur sur la naturalisation de la femme séparée et non autorisée. Le problème a fait quelque bruit dans le monde. Il se rattache au droit international privé; mais il n'est pas étranger au droit civil. Il eût été bon peut-être de le signaler.

Dans le second volume, sur le bénéfice d'inventaire, M. Baudry-Lacantinerie enseigne que la loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813 sont encore applicables à l'aliénation des valeurs mobilières dépendant des successions bénéficiaires. Il oublie sans doute qu'au premier volume, il a donné un commentaire succinct de la loi du 28 février 1880 qui abroge précisément la loi de 1806 et le décret de 1813. Sur ce point une lacune devra être comblée dans les éditions prochaines, au moyen de l'exposition de la doctrine émise par la Cour de cassation dans son arrêt du 5 avril 1881.

Il nous semble enfin que le contrat d'assurance sur la vie aurait mérité quelques développements, soit à propos des successions et donations, soit à propos des contrats et spécialement des stipulations pour autrui. Les cas de rapport, de réduction et de stipulation pour autrui que l'assurance sur la vie fait naître sont devenus tellement usuels, qu'un traité comme celui de M. Baudry-Lacantinerie ne peut plus les passer sous silence. Dans le même volume, l'auteur traite des obligations à terme sans aucune allusion aux opérations conclues sous cette modalité et déguisant un jeu prohibé par la loi. Evidemment, ce n'était pas le lieu de présenter, à ce propos, la théorie des opérations de Bourse. C'eût été une digression inadmissible. Mais pourquoi ne pas indiquer en passant l'application ingénieuse de la théorie des obligations à terme qui a pour but la dissimulation des paris

sur les fonds publics interdits par nos lois civiles et pénales ? Il nous semble en effet que l'on devrait, autant que possible, en enseignant le droit moderne, donner des exemples modernes, et s'abstenir d'invoquer sans cesse les hypothèses classiques et surannées de Pothier et des jurisconsultes romains qui ne pouvaient en connaître d'autres et parlaient tout naturellement des espèces pratiques qu'ils avaient sous les yeux.

Empressons-nous de reconnaître que M. Baudry-Lacantinerie est généralement à l'abri du reproche d'archaïsme que nous venons de lui faire. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il est permis de le lui adresser. Il n'a guère laissé échapper de controverses récentes, sans leur consacrer une discussion rapide, mais toujours substantielle.

Le commentaire des lois nouvelles est à coup sûr une des meilleures parties de l'ouvrage. C'est surtout dans le premier volume, à propos des livres I et II du Code, que l'on rencontre des modifications subies par notre droit civil. On y trouvera notamment l'explication de la loi du 28 février 1880 sur les valeurs mobilières des mineurs et des interdits, que l'auteur a ingénieusement combinée avec l'exposition des règles de la tutelle et de l'interdiction. Beaucoup de praticiens seront heureux de pouvoir ainsi embrasser par un coup d'œil l'ensemble des principes par lesquels la fortune mobilière ou immobilière des incapables se trouve protégée. Sur le titre des servitudes, est intervenue la loi du 21 août 1881 qui a modifié un certain nombre de dispositions du Code. M. Baudry-Lacantinerie a ici le mérite de la priorité et, pour ainsi dire, le droit du premier occupant. Le lecteur verra, en comparant le texte du Code avec celui de la loi de 1881, en quoi consistent les innovations admises par les rédacteurs du Code rural ; il verra que ces innovations n'ont absolument rien de radical et qu'elles ne sont le plus souvent que la consécration de solutions acquises en jurisprudence. Discuterons-nous les solutions adoptées par M. Baudry-Lacantinerie ? Ce ne serait peut-être pas le lieu. Nous avons surtout à considérer la structure générale de son ouvrage, sans entrer dans des détails trop minutieux. Qu'il nous suffise de dire que l'auteur a su, dans un ouvrage consacré à l'enseignement, garder la pleine indépen-

dançe de son jugement. Il a le courage, lorsque la vérité l'exige, de s'écarter des sentiers battus. Le texte de la loi et les principes, sont ses seuls guides, les seules autorités qu'il reconnaisse. Les juriscôultes dont il approuve ou combat les théories ne sont pas mêmes cités, et comme l'a dit le *Journal du Palais*, tout reste à l'état de notions impersonnelles. C'est là, selon nous, la meilleure méthode. Une doctrine tire sa force des raisons qu'elle invoque. Peu importent les noms de ceux qui la soutiennent. M. Baudry-Lacantinerie toutefois a cru devoir, à la différence de M. Mourlon, renvoyer ses lecteurs à quelques documents de jurisprudence, ordinairement à des décisions de principe. La jurisprudence n'est sans doute pas la loi ; mais on ne saurait méconnaître l'influence tous les jours plus importante qu'elle conquiert et le rôle qu'elle joue dans la formation du droit. Parfois, l'auteur critique ses décisions en peu de mots ; c'est ce qui arrive sur la question du mariage des prêtres. Il estime que l'engagement du prêtre n'est pas un empêchement dirimant (tome I, page 270). Pareillement, il croit, contre la jurisprudence, à la validité des donations faites à un enfant adultérin, dont la filiation est déclarée dans l'acte par le donateur (tome II, page 580). Enfin M. Baudry serait porté à admettre le caractère gratuit de la constitution de dot, en ce qui concerne la femme dotée (tome III, page 225). En général, les divergences entre l'auteur et la jurisprudence sont nettement indiquées. Signalons cependant un point qui nous paraît traité avec quelque rapidité. Dans le commentaire de l'art. 789, C. civ., il n'est pas tenu suffisamment compte de la jurisprudence de la Cour suprême sur la prescription du droit d'accepter et de renoncer. « Celui qui avait besoin d'une renonciation ou d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire pour se soustraire en tout ou en partie, aux conséquences de la qualité d'héritier pur et simple, conservera définitivement cette dernière qualité après la prescription ; il aura perdu la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire ou de répudier : telle est la situation de l'héritier légitime » (Tome II, page 120). Cette doctrine, nous le savons, se recommande par des raisons de la plus haute importance. Mais le problème était assez grave, pour qu'il fût nécessaire d'indiquer la variante qu'a apportée la jurisprudence à la thèse de M. Demolombe.



Nous n'avons encore rien dit de la forme. Le style de M. Baudry-Lacantinerie est clair et alerte. Sa phrase est courte et va droit au but. Elle atteste l'expérience du maître qui fuit les périodes pompeuses et ne cherche qu'à éclairer. De plus, et c'est une originalité particulière du livre, l'auteur, préoccupé des nécessités du public auquel il s'adressait, a employé un moyen pratique très simple, grâce auquel les principes sont mis en lumière et se dégagent nettement de la foule des controverses et des détails. Ce procédé se trouve être précisément celui qu'avait jadis employé le regretté M. Pellat, dans ses textes sur la dot. Les passages du livre consacrés à l'exposition des principes généraux sont recommandés à l'attention par une impression typographique spéciale. « Ainsi, dit l'auteur dans sa préface, une première fois, on peut se borner à lire la partie du livre imprimée en gros caractères, qui, à elle seule, forme un tout complet. La seconde lecture comprendra la totalité de l'ouvrage. »

Ce procédé offre des avantages incontestables. On a maintes fois regretté que les études juridiques, surtout celles de droit civil, ne fussent pas précédées d'une introduction générale aussi brève que possible et restreinte à l'énoncé des principes avec leurs motifs et leur enchaînement. Ce vœu reçoit une certaine satisfaction. La partie du livre, imprimée en gros caractères, serait, avec quelques modifications, avec l'adjonction de généralités historiques et philosophiques, cette introduction si désirée et si difficile à écrire pour des étudiants novices.

De plus, cette méthode nous paraît correspondre à une tendance naturelle de l'esprit. Nous aimons, dans nos études, avoir tout d'abord une notion d'ensemble du sujet, et commencer par des notions simples et certaines, pour n'arriver qu'ensuite et insensiblement à des théories plus abstraites et plus douteuses. Cette tendance existe surtout chez l'étudiant qui pourrait être rebuté, dès la première entrevue, par une science dont les abords n'ont rien d'engageant. Il importe surtout de ne pas l'effrayer par des controverses qui peuvent le mettre en défiance et incliner son intelligence vers le doute. Mieux vaut, à coup sur, lui proposer quelques principes incontestés, qui seront la base de ses con-

naissances futures et serviront de point d'appui à ses raisonnements personnels.

En résumé, l'ouvrage de M. Baudry-Lacantinerie paraît destiné à un véritable succès, non-seulement auprès des étudiants, ce qui ne saurait être douteux, mais aussi peut-être auprès des praticiens pour lesquels il combine, dans un ensemble harmonieux, les lois nouvelles avec le Code civil, la jurisprudence la plus récente avec la doctrine la plus traditionnelle. Si la science pure ne s'enrichit pas d'idées nouvelles (qui sont plutôt dans le domaine des monographies que dans celui des Précis destinés à l'enseignement), en revanche nous avons la certitude que ce livre lui recruterait des adeptes, qu'aurait pu éloigner une exposition moins habile.

CH. TESTOUD.

---

*L'Editeur-Gérant : F. PICHON.*

---

## EXAMEN DOCTRINAL

---

### JURISPRUDENCE CIVILE

(Année 1883),

Par M. J.-E. LABBÉ, professeur à la Faculté de Droit de Paris.

---

#### SUCCESSIONS ET DONATIONS

Les arrêts, qui sont recueillis et qui méritent de l'être, ne se réfèrent par tous à de grands problèmes. Les auteurs qui se proposent de présenter un tableau de la jurisprudence ne doivent pas négliger les questions qui n'ont pas l'honneur de solliciter vivement l'attention et de passionner les esprits. Dans la pratique, toute difficulté embarrasse et appelle une solution ; dans un tableau les détails doivent être soignés non moins que les lignes principales. Ce préambule est, de notre part, une manière de demander grâce pour notre insistance devant les minutieux obstacles que nous rencontrerons sur notre route et sur lesquels nous ne nous permettrons pas de sauter à pieds joints.

Nous étudierons les arrêts publiés pendant l'année 1883, en matière de successions et de donations.

Notre examen portera d'abord sur une donation sous condition ou avec charge. Que devient la donation si la condition est déclarée illicite ? Que décider si l'observation de la condition a été imposée par le donateur à peine de nullité ? Les lois du 5 septembre 1791 du 17 nivôse an II, qui déclarent illicites certaines conditions indiquées à titre d'exemples, sont-elles encore en vigueur ? Nous devons nous placer à ces trois points de vue.

#### § 1<sup>er</sup>.

THÉORIE DE L'ART. 900 DU CODE CIVIL. — Cass. ch. civ., arrêt du 17 juillet 1883. — *France judic.*, 8<sup>e</sup> année, p. 28 ; *Gaz. des trib.*, 3 août 1883.

L'art. 900 du Code civil répute non écrites dans les donations et les legs, les conditions contraires aux lois ou aux mœurs. La

théorie de cette disposition est difficile à construire. Le motif sur lequel elle repose n'est pas certain.

Nous réduirons à trois les systèmes d'interprétation qui ont été produits.

1<sup>o</sup> Le législateur voit dans le caractère illicite de la condition imposée la preuve que le donateur est hostile à l'ordre politique ou social que le législateur veut faire prévaloir. Il le punit, il lui enlève les biens qui devraient lui faire retour pour inexécution de la condition. Il attribue ces biens en pleine liberté au donataire qu'il intéresse ainsi au maintien de l'ordre établi dans la société.

Cette interprétation a été surtout puisée dans la corrélation de notre article avec des lois de l'époque intermédiaire entre la Révolution et le Code civil. Elle a été donnée par Merlin encore imbu des idées et des sentiments de cette époque de crise et de lutte. (*Quest. de droit, v<sup>o</sup> condit.*, § 1).

Peu à peu il a paru incompatible avec l'esprit de sagesse du Code civil d'en faire découler le maintien d'une donation contre la volonté du donateur. Une doctrine plus équitable a été proposée.

2<sup>o</sup> Le législateur suppose dans un même acte deux choses juxtaposées, mais distinctes malgré leur réunion et inégales d'importance : une donation et une condition ou charge. L'auteur de l'acte a eu deux intentions, d'abord et principalement celle de faire une libéralité, ensuite et secondairement celle, non pas d'anéantir, mais de restreindre le profit ou la liberté du donataire par la charge à exécuter ou la condition à remplir.

Lorsque la condition est illicite, le législateur a égard à la prédominance de la volonté de donner, sur la volonté de faire observer la condition ; il rend à la volonté de donner sa plénitude première ; il la rend absolue ; il la débarrasse d'un accessoire irréalisable qui la comprimait. Aubry et Rau, § 302, texte et note 82.

Nous regardons comme équivalente la formule que l'on trouve dans les arrêts de la Cour régulatrice : L'art. 900 s'applique à une donation faite sous condition illicite, la condition seule est effacée et la donation subsiste, à moins que cette condition n'ait été la cause impulsive et déterminante de la donation ; cas auquel, par suite de l'inexécution de la condition, la donation entière est

révocable. Cass. 20 nov. 1878, Sir. — Dev, 1879. 1. 413. Comp. Cass. civ. 12 mars 1884. Quand la condition est la cause déterminante de la libéralité, l'opération est une, indivisible ; elle doit subsister ou crouler pour le tout. Quand la libéralité a une cause déterminante distincte de la condition, l'acte découle de deux inspirations dont l'une peut être combattue et l'autre respectée.

3<sup>o</sup> Quelques auteurs ont pensé que le législateur avait été pénétré d'un respect plus grand encore pour les intentions et les désirs du donateur. Ils ont soutenu que si la condition illicite était réputée non écrite et la donation maintenue, c'était par une interprétation présomptive de la volonté du donateur. La décision change si une volonté contraire apparaît. *Sic.* Demolombe, *Don et test.*, t. I, n<sup>o</sup> 207 ; Bertauld, *Quest. de dr. civ.* t. 2, n<sup>o</sup> 307.

Récemment M. Laurent dans ses ouvrages (*Principes*, t. XI, nos 266, 430), M. Ronjat, dans ses conclusions devant la Chambre civile en 1883, se sont efforcés de ramener les suffrages vers la théorie radicale du droit intermédiaire. La cour a persisté dans sa jurisprudence antérieure.

Essayons de montrer la différence de ces doctrines au point de vue des résultats pratiques.

L'opposition entre le premier système et les deux autres se manifeste dans l'hypothèse suivante : une donation a été faite à une commune dans l'unique but de fournir les fonds nécessaires à la création d'une école, à une œuvre de charité. L'enseignement doit être donné, la charité exercée par des personnes imbues d'un certain esprit. On décide que par des raisons politiques la commune ne saurait être forcée de s'adresser aux personnes désignées par le donateur pour la direction de l'école ou l'exercice de la charité. La condition n'est pas licite ; elle ne s'exécute pas. Les biens de la donation doivent-ils être restitués ?

Non, dans le premier système. Le donateur a voulu contrarier l'esprit de son temps, la marche de ce que la majorité de ses concitoyens croit être le progrès. Il doit rester privé d'une fortune dont il a mésusé.

Oui, les biens sont restituables dans les deux autres théories. La condition a été la cause impulsive et déterminante de la donation. Cet acte est moins une donation sous condition que

la dotation d'un service. Le service n'est pas exécuté comme l'a prescrit le donateur. La dotation n'a plus d'objet. A quel titre l'argent serait-il gardé? Il doit être rendu. Cass. civ. 12 mars 1884.

## § 2.

DE LA CONDITION ILLICITE IMPOSÉE EXPRESSÉMENT A PEINE DE RÉVOCATION.— Arrêt du 17 juill. 1883, Ch. civ. de la C. de cass., *loc. cit.*

La différence entre les deux premiers systèmes d'une part et le troisième d'autre part, se montre nettement dans l'espèce à laquelle se réfère l'arrêt de la Chambre civile précité.

Le donateur a exprimé la volonté que la condition fut exécutée à peine de nullité de la donation. La condition est jugée illicite.

*Premier système.* — La donation est maintenue, délivrée de la condition illicite. En ajoutant une sanction rigoureuse à la condition par lui écrite, le donateur n'a fait qu'accentuer davantage son attachement à des mœurs réprouvées. Il mérite encore plus la peine édictée par l'art. 900.

*Deuxième système.* — La donation est maintenue, pourvu que la condition n'ait pas été la cause déterminante de la libéralité. Quelle qu'ait été l'énergie avec laquelle le donateur a manifesté son désir de faire observer la condition estimée illicite, la libéralité principale n'en repose pas moins sur une volonté sérieuse, distincte, susceptible d'être isolée, propre à motiver la mutation de fortune.

L'espèce se prêtait aisément à l'application de cette doctrine. Un futur époux avait promis comme gain de survie une rente viagère à la femme qu'il allait épouser. Il avait ajouté comme condition de rigueur et irritante que la rente serait servie par ses héritiers réservataires. C'était bien le cas de maintenir la donation purement et simplement; car on ne peut admettre que l'intention de grever la réserve plutôt que la quotité disponible ait été le seul mobile de la libéralité adressée à la femme dans l'éventualité de son veuvage.

Le troisième système dicte une solution contraire. La volonté du donateur doit être scrupuleusement observée. La peine de nullité est écrite; elle ne permet pas de croire que le donateur ait voulu laisser en aucun cas survivre sa donation à l'inexécution de la condition par lui rigoureusement imposée (Demolombe, *loc. cit.*).

### § 3.

CONDITION DE NE PAS SE REMARIER. — Loi de ventôse an XII. — Droit intermédiaire. — Abrogation. — Liège, 11 janv. 1883. *J. Pal.* 1883. 2. 44.

Plusieurs lois du droit intermédiaire impriment le caractère de conditions illicites à certaines conditions qu'elles énumèrent; par exemple à la condition de ne pas se marier ou de ne pas se remarier. Ces lois sont-elles encore en vigueur et doivent-elles servir obligatoirement à l'application du principe posé dans l'art. 900 du Code civil? Ces lois ont-elles survécu à l'abrogation du droit ancien prononcée par la loi du 30 ventôse an XII?

M. Laurent (*Principes*, t. I, n° 27) a soutenu avec vigueur que les lois de la période intermédiaire ne tombaient pas sous l'abrogation générale de la loi de ventôse. L'éminent professeur fait remarquer que la rédaction précise de cette loi ne comprend pas les œuvres législatives postérieures à 1789. Aucune des expressions employées, *lois romaines, ordonnances, coutumes, statuts, règlements* ne s'y applique. Les auteurs qui désirent voir se développer plus largement les conséquences des principes issus de la Révolution, attachent une grande importance à pouvoir puiser à la source première de ce qu'ils appellent le droit nouveau, le droit moderne.

Il en résulterait, en ce qui concerne notre objet spécial, que la condition de ne pas se remarier serait illicite sans aucune distinction tenant aux circonstances.

Il nous paraît, ainsi qu'à la Cour de Liège, peu conforme au caractère essentiel d'une codification, que, sur des objets traités dans le Code, on doive chercher dans des lois antérieures une sorte de complément législatif. On retomberait alors dans les inconvénients d'une législation non codifiée et dans la difficulté de combiner ensemble des dispositions votées sous l'empire de

tendances diverses. Toutes les lois votées de 1789 à 1804 n'ont pas été animées d'un même esprit.

INCAPACITÉ DES ENFANTS NATURELS. — Cass. ch. civ., 30 janv. 1883. —  
J. Pal. 1883. 481.

Les enfants naturels reconnus sont incapables de recevoir de leurs parents des libéralités excédant leur part de succession *ab intestat*. Art. 908, C. civ. Cette incapacité, qui suppose une reconnaissance ou une preuve légale de la filiation naturelle, date-t-elle de la reconnaissance, ou du commencement de l'existence de l'enfant en quelque temps que la reconnaissance soit intervenue? Une donation excessive antérieure à la reconnaissance est-elle nulle ou réductible? est-elle valable?

La mère d'un enfant naturel, lorsqu'elle reçoit une libéralité du père de cet enfant est, non moins qu'une mère légitime, réputée personne interposée entre le père donateur et l'enfant dont la filiation à l'égard de l'un et de l'autre de ses parents est légalement prouvée. Art. 911, C. civ. Cette présomption d'interposition n'a-t-elle lieu qu'à partir de la reconnaissance ou de la constatation judiciaire de la filiation? Est-elle applicable à une donation antérieure à cette reconnaissance?

Cette seconde question se décompose. La reconnaissance postérieure à la donation peut être celle de la paternité du donateur ou celle de la maternité de la femme gratifiée. La solution différera-t-elle en chacune de ces hypothèses?

La chambre civile de la Cour de cassation a émis, en l'arrêt précité, un principe qui pourrait servir à résoudre toutes les questions posées : La reconnaissance est déclarative du fait de la filiation. Admettons en outre, ce qui est raisonnable, que l'incapacité d'une part, et la présomption d'interposition d'autre part dérivent de la filiation pourvu qu'elle soit tôt ou tard prouvée, et non pas de la reconnaissance. Nous aurons un système complet ; et la théorie ainsi construite aurait le mérite d'une grande simplicité.

Mais il n'est pas certain que nous puissions réduire à ces termes la jurisprudence de la Cour suprême. Il nous faut rapprocher



de l'arrêt de la Chambre civile un arrêt antérieur de la Chambre des requêtes du 28 mai 1878.

Nous ne nous inquiétons pas outre mesure d'une opposition apparente de doctrine qui existe entre les deux arrêts. Les motifs de la Chambre des requêtes se résument en cette idée : « Il n'y a point d'incapacité, alors que la filiation naturelle n'est pas encore reconnue. » Le rapporteur avait dit plus explicitement : « L'existence de la qualité d'enfant naturel, quand elle existe sans être avouée ou déclarée, n'est pas un obstacle à ce que le père ou la mère puisse gratifier l'enfant comme un étranger. L'obstacle est dans la reconnaissance. » Ces propositions sont incontestables en ce sens que, si la filiation n'est à aucune époque révélée et prouvée, l'incapacité édictée par la loi ne recevra pas d'application. — Toutefois elles semblent contredire le principe émis par la Chambre civile sur le caractère déclaratif et rétroactif de la reconnaissance. Elles le semblent surtout à cause de l'espèce à propos de laquelle elles se sont produites, espèce où la reconnaissance était survenue après la donation litigieuse. — Mais en réalité, prises dans leurs termes simples et non interprétées d'après l'intention probable de celui qui les a écrites, elles ne le contredisent pas nécessairement. Elles sont moins une décision précise qu'un préalable de la question. Elles prouvent que la famille naturelle est soumise à un régime différent, selon que la parenté naturelle est ou non légalement établie. Mais en résulte-t-il que si la preuve surgit à une époque, le temps antérieur sera régi par le régime de la liberté, lequel sera remplacé par le régime de l'incapacité pour le temps postérieur ? La Chambre des requêtes l'a seulement laissé entendre, mais elle ne l'a pas affirmé, encore moins démontré. A cet égard le principe adopté par la Chambre civile a une telle vraisemblance, une telle vertu de persuasion qu'il doit enlever les suffrages.

On peut donc à toute force mettre d'accord les motifs de nos deux arrêts au point de vue du principe ; toutefois il est certain que les solutions sont divergentes. Dans l'espèce déférée à la Chambre civile, la donation antérieure à la reconnaissance a été annulée ; dans le procès qui a pris fin devant la Chambre des requêtes, la donation a été maintenue. Mais la décision de la Cham.

bre des requêtes peut être rattachée à une circonstance particulière de l'espèce, et la diversité des hypothèses donnerait à chacun des deux arrêts sa valeur et sa portée dans la construction du système de la jurisprudence.

Nos deux arrêts statuent, non sur une libéralité directement faite par le parent naturel à son enfant naturel, mais sur une libéralité faite par un parent à l'autre parent de l'enfant naturel. Dans l'espèce jugée en 1878, ce qui était légalement ignoré au jour de la donation, c'était la relation du donateur avec l'enfant de la femme donataire. Dans l'espèce jugée en 1883, ce qui était légalement ignoré au jour de la donation, c'était la relation de la femme gratifiée avec l'enfant du donateur. Cette différence suggère un moyen de concilier la décision de la Chambre des requêtes avec celle de la Chambre civile.

La donation faite à la mère de l'enfant naturel, par le père qui n'a pas encore reconnu cet enfant, ne tombe pas sous l'art. 911 relatif aux présomptions d'interposition. Le père dont la qualité est légalement ignorée, est capable d'enrichir gratuitement et directement son enfant comme un étranger. Pourquoi présumer qu'il a pris un détour ? — Décision de la Chambre des requêtes.

La donation faite par le père d'un enfant naturel reconnu à la mère de cet enfant est considérée comme faite indirectement à l'enfant par cela seul que la maternité sera prouvée à une date quelconque. Le donateur est incapable de donner à son enfant au delà d'une limite ; il connaît la qualité de mère qui existe, quoique non encore révélée, chez la personne à laquelle il adresse la donation. Il est suspect de vouloir éluder la prohibition de la loi par une voie détournée. L'art. 911 est applicable par cela seul que, avant ou après la donation, la maternité de la personne gratifiée apparaît. — Décision de la Chambre civile.

Nous saurons un jour peut-être si cette distinction subtile doit définitivement figurer dans le système de la Cour régulatrice.

DE LA CONVERSION D'UN TITRE AU PORTEUR EN TITRE NOMINATIF AU PROFIT D'UN AUTRE QUE LE PRÉCÉDENT PROPRIÉTAIRE. — Paris, 30 déc. 1881. *J. Pal.* 1883. 1225.

Notre législateur a voulu que la volonté de donner, pour être

plus libre, plus éclairée, fut manifestée devant un notaire. Art. 931, C. civ. La jurisprudence de nos tribunaux, en validant les dons manuels de meubles corporels ou de titres au porteur, et aussi en validant les donations déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux, fussent-ils constatés par actes sous-seings privés, aboutit à ce résultat que la volonté de donner n'a plus besoin de se produire devant un officier public, qu'elle n'a même plus besoin d'être expresse; elle s'induit des circonstances; elle se présume sur de faibles indices.

Appliquée aux meubles corporels, la doctrine approuvant les dons de la main à la main avait des inconvénients, qui semblaient limités par la valeur habituellement modique de ces sortes de choses. Etendue aux meubles incorporels, elle déjoue plus gravement la prudence du législateur. De grandes valeurs se donnent dans le secret et le silence, sous l'influence des sentiments les moins dignes d'être avoués. Souvent un doute impénétrable subsiste sur le point de savoir si les titres dont la possession est invoquée comme valant donation, ont été reçus, captés ou soustraits.

Aussi M. Laurent propose-t-il d'insérer dans le Code civil révisé un article ainsi conçu : les dons manuels ne sont valables que pour sommes modiques <sup>1</sup>. — L'intention est excellente; mais l'élasticité de l'expression « modiques » ne donnerait-elle pas lieu à beaucoup de procès difficiles à résoudre ?

Quoiqu'il en soit de l'avenir, et des réformes souhaitables, considérons le présent. Nous voulons uniquement ici examiner, avec l'arrêt par nous cité, quelle est la valeur légale de la conversion d'un titre au porteur en titre nominatif au profit d'une personne autre que le propriétaire antérieur du titre; nous désirons rechercher si cette conversion peut servir, soit à corroborer un prétendu don manuel, soit à réaliser une donation déguisée.

Une personne en possession d'un titre au porteur se présente dans les bureaux de la Compagnie d'où le titre émane ou dans

<sup>1</sup> L'art. 845 de l'Avant-projet est ainsi conçu : « Toute donation doit se faire par devant notaire, et avec minute.... Il n'y a d'exception que pour les dons modiques à titre de récompense ou autrement, qu'il est d'usage de faire de la main à la main. »

les bureaux d'un agent de change s'il s'agit d'une rente sur l'Etat; elle en demande la conversion en titre nominatif, soit à son nom en pleine propriété, soit à son nom pour la nue-propriété, au nom d'un autre pour l'usufruit. La conversion se fait sans rencontrer aucune opposition de la part de l'agent de la Compagnie ou de l'officier public.

Il est possible que ce possesseur ait soustrait ce titre, qu'il l'ait reçu seulement comme mandataire pour en toucher les revenus; il est possible que le titulaire à qui, dans la seconde hypothèse, les revenus ont été exactement remis, ne se soit pas aperçu de la conversion et de la fraude avant de mourir. Il est possible que le titre ait été donné, mais sous l'empire d'une obsession abusive ou d'une passion déréglée, excluant la liberté de l'esprit.

Trois questions peuvent être agitées à cette occasion.

1<sup>o</sup> Une première question commune à toutes les donations sans acte. La donation est-elle valable comme don manuel par cela seul que l'ancien propriétaire du titre ou ses héritiers ne démontreront pas le vol ou l'abus de confiance ou la captation, c'est-à-dire le défaut de liberté? Le possesseur est-il dispensé de prouver la libéralité qu'il allègue?

2<sup>o</sup> La conversion en titre nominatif ajoute-t-elle quelque force à la donation manuelle qui a précédé, ou qu'elle accompagne? Les actions en nullité qui auraient pu être dirigées contre un pur don manuel, survivent-elles à la conversion?

3<sup>o</sup> L'agent de la conversion ou l'agent de change qui a servi d'intermédiaire, peut-il être déclaré responsable s'il a imprudemment ajouté foi aux affirmations du porteur du titre.

1<sup>o</sup> La jurisprudence qui admet la validité des dons manuels, serait moins dangereuse si elle exigeait du possesseur se prétendant donataire la preuve qu'il tient la chose ou le titre en vertu d'une livraison volontaire et libérale du propriétaire. Mais, dès qu'on abandonne les exigences de l'art. 931, on est désarmé; on est en présence du principe qu'un délit, que la fraude ne se présume pas; le possesseur n'a donc aucune justification à présenter. L'adage que la volonté de donner, de se dépouiller gratuitement ne se présume pas, n'est ici d'aucun secours. Il suppose

un doute sur le caractère ou l'étendue des effets d'un acte d'une régularité incontestable. Ici on impute au possesseur un mensonge actuel et dans le passé une action illicite. L'honnêteté se présume. Celui qui dresse l'imputation d'une conduite contraire doit la prouver. Le législateur seul aurait pu imposer à celui qui se prétend donataire sans acte notarié, en vertu de la seule possession, la charge de la preuve. Sous l'empire d'une telle prescription, voici comment le débat se déroulerait devant la justice : le possesseur dirait : la possession du meuble ou du billet au porteur vaut à mon profit titre de propriété. — L'adversaire démontrerait que le possesseur n'a pas pu acquérir à titre onéreux. C'est une personne sans fortune, un domestique nanti de valeurs importantes. Ce serait alors au possesseur à justifier sa possession par la preuve d'une libéralité. Cela ne nous paraît pas déraisonnable ; mais telle n'est pas notre législation.

2<sup>o</sup> La conversion en titre nominatif a été considérée comme un déguisement sous lequel s'abrite plus sûrement la donation. La libéralité, peut-être valable déjà comme don manuel, acquiert, a-t-il semblé, une force nouvelle en passant dans la classe des donations déguisées ou indirectes. Le bénéficiaire peut appeler à son aide deux jurisprudences concourant pour lui assurer un irrévocable enrichissement, la jurisprudence favorable aux titres au porteur, la jurisprudence favorable aux déguisements.

Ce raisonnement nous paraît mal fondé. La constatation sur les registres d'une compagnie ou de l'Etat du titulaire d'un droit, action sociale ou droit de créance, n'est pas la cause de l'acquisition de ce droit. Aussi n'est-elle ni un acte à titre onéreux, ni un acte à titre gratuit. Elle suppose, lorsque la personne désignée dans le titre nominatif est autre que le précédent propriétaire, elle présuppose alors, disons-nous, un acte antérieur qui a le caractère soit d'une vente ou aliénation à titre onéreux, soit d'une donation. L'inscription sur le registre des transferts ne précise pas la cause de l'acquisition, ne révèle même pas s'il y a mutation, car la conversion peut répondre ou ne pas répondre à un déplacement de la propriété. Donc elle ne déguise rien puisqu'elle n'exprime rien à cet égard. Ce qu'on appelle un déguisement en matière de donation offre la forme d'un acte ca-

pable d'opérer par lui-même une translation de droit et auquel il ne manque que la réalité pour être valable. Il est l'apparence d'une mutation à titre onéreux alors qu'au fond la mutation est à titre gratuit. Tout autre est une conversion qui n'est que la constatation ou révélation sur un registre d'un droit précédemment acquis.

Si le propriétaire en possession d'un titre au porteur déclarait à l'agent du transfert : Je veux donner ce titre à telle personne, et pour réaliser cette donation je vous demande de délivrer à cette personne un titre nominatif. L'agent répondrait : je n'ai pas qualité pour recevoir votre déclaration d'intention. Je n'ai même pas à rechercher si vous êtes propriétaire ou mandataire. Indiquez les personnes au nom de qui le titre nominatif sera dressé. J'exécuterai, sans m'inquiéter de la différence du nom sous lequel vous signerez le bordereau et du nom ou des noms qui figureront dans l'inscription nominative à porter sur le registre.

On a comparé plus justement la conversion du porteur en nominatif à un mode de publicité, soit à la transcription en matière d'aliénation immobilière, soit à la signification, soit à l'endossement en matière de cession de créance.

Or même vis-à-vis des tiers, surtout entre les parties, la transcription ou la signification ne couvre pas les vices de l'acte publié, elle ne rend pas valable ce qui en soi est nul ou annulable. Elle protège certains tiers contre l'ignorance d'une disposition antérieure non publiée. Mais son efficacité est subordonnée à l'existence d'une aliénation ou cession régulièrement consentie<sup>1</sup>.

La règle que nous venons de tracer est restreinte à l'égard des tiers par la décision de faveur qui valide et rend libératoires les paiements faits au possesseur apparent de la créance. Notamment la société est irrévocablement libérée lorsque ses agents ont payé ou des dividendes ou des capitaux pour amortissement à celui que les registres sociaux désignent comme le titulaire nominatif d'une action (art. 1240, C. civ.).

<sup>1</sup> Ce rapprochement a été fait par MM. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit com.* n° 381. Ces auteurs ne paraissent avoir songé qu'au transfert d'une action déjà nominative. Mais la théorie doit être la même à l'égard de la conversion d'un titre au porteur en titre nominatif.

Mais à l'égard des parties entre lesquelles la mutation est réputée accomplie, la règle ne souffre pas d'exception. L'acte publié vaut ce qu'il vaudrait indépendamment de la publicité. Cette règle, incontestée, pour la transcription et la signification, doit nous diriger, par analogie à l'égard de la conversion. Cette formalité n'ajoute aucune force au droit préexistant entre les particuliers intéressés. La donation, si donation il y a, relativement au titre au porteur livré et ensuite converti ne peut s'appuyer que sur le principe de la validité des dons manuels.

La tradition qui vivifie le don manuel se réalise en cette hypothèse de deux façons équivalentes. Ou bien le propriétaire remet le titre à un tiers *animo donandi*, afin que celui-ci fasse opérer la conversion ; ou bien le propriétaire du titre au porteur se charge lui-même de requérir la conversion au profit d'autrui et en procurant ainsi à la place du titre au porteur anéanti un titre nominatif, il fait plus qu'une tradition du titre au porteur ; donc il fait au moins l'équivalent d'une semblable tradition.

Si notre manière de voir est exacte, il s'ensuit que, après la conversion, toutes les critiques qui auraient pu être dirigées contre le don manuel demeurent possibles, et si la prétendue donation est reconnue ne pas exister parce qu'il y a eu soustraction ou abus de confiance, ou si la donation est annulée pour cause d'insanité ou d'oppression de la volonté, la conversion devra être neutralisée au moyen d'une opération inverse.

3° Il ne semble pas qu'on puisse faire peser une responsabilité sur l'agent du transfert, ni, en vertu de l'art. 1384, C. civ., sur la compagnie dont il est l'employé, quelles que soient les circonstances au milieu desquelles la conversion a eu lieu, quel que soit l'extérieur de la personne qui dépose le titre et l'in vraisemblance de sa qualité de propriétaire. L'agent n'a le droit de demander aucune justification. Son ministère est en quelque sorte forcé, sauf les restrictions que les statuts créateurs des titres y auraient apportées. Les personnes qui ont leur fortune sous forme de titres au porteur doivent réfléchir aux dangers auxquels elles l'exposent et s'en prendre à elles-mêmes des dommages qu'elles peuvent éprouver. Ce qui est plus grave, la famille les subit par voie de conséquence.

Tout au plus l'agent de change dont l'intervention est libre, serait-il soumis à une responsabilité analogue à celle qui lui a été imposée lorsqu'il reçoit un titre au porteur pour le vendre. Le rendre nominatif ou le vendre sont des opérations de même genre, et si la personne qui remet le titre est inconnue de l'agent et doit par son extérieur ou son attitude inspirer de la défiance, la faute commise rendrait dans les deux cas l'agent de change passible de dommages et intérêts <sup>1</sup>.

DES TESTAMENTS PUBLICS REÇUS PAR LES CHANCELIERS DES CONSULATS. — Cass., ch. civ., 20 mars 1883. — *J. Pal.*, 1883, 606.

Nous espérons que la Cour de cassation terminera, par l'arrêt dont la date précède, les hésitations de la jurisprudence sur les pouvoirs des chanceliers de consulat et sur les formalités qu'ils doivent remplir au sujet des testaments publics de leurs compatriotes. Le système construit par la Cour suprême est très raisonnable et combine d'une façon heureuse toutes les données d'une législation multiple, mais non contradictoire.

Ce système se décompose en trois propositions.

1<sup>o</sup> Les chanceliers consulaires ont le pouvoir de constater authentiquement les dispositions testamentaires de leurs compatriotes. L'art. 24, tit. IX, liv. I de l'Ordonnance sur la marine de 1781 le leur confère; l'art. 999 du C. civ. par son silence ne leur a pas enlevé ce pouvoir, et l'art. 994 le leur a plutôt confirmé.

2<sup>o</sup> Les chanceliers doivent observer l'art. 24 de l'Ordonnance précitée, puisque cet article est en vigueur. La présence et la signature du consul et de deux témoins sont nécessaires.

3<sup>o</sup> Cette prescription spéciale ne règle que la qualité et le nombre des témoins instrumentaires; elle n'est pas exclusive des

<sup>1</sup> Ayant eu à dire un mot des dons manuels, nous saisissons cette occasion de signaler à l'attention des jurisconsultes deux mémoires présentés à la Faculté de droit de Paris (concours Rossi) par MM. Bressolles et Collin, et dans lesquels ce sujet a été traité d'une façon remarquable. Ils seront, nous l'espérons, publiés. Le rapport de notre collègue, M. Esmein, qui contient une appréciation de ces mémoires, présente sur l'histoire des titres au porteur des détails et des aperçus très intéressants.



autres formalités prescrites pour la régularité des actes notariés, ou des testaments dressés par devant notaires. Les chanceliers remplissant les fonctions notariales, doivent remplir les conditions de forme auxquelles les notaires eux-mêmes sont assujettis soit par le Code civil, soit par la loi du 25 ventôse an XI. Notamment lecture du testament doit avant la signature être donnée au testateur en présence des témoins (art. 972, C. civ.),

Ce système éclectique présente toutes les garanties possibles d'une sincère et fidèle constatation de la volonté du testateur.

Par l'analyse des éléments qu'il renferme nous avons indiqué les deux opinions dissidentes.

1<sup>o</sup> La disposition de l'Ordonnance qui autorise les chanceliers de consulat à recevoir des testaments publics, n'ayant pas été reproduite dans le Code, est abrogée. — Pourquoi prêter sans une absolue nécessité au législateur une intention qui priverait de la faculté de tester le Français expatrié qui ne sait ou ne peut pas écrire et qui ignore la langue du pays où il se trouve ?

2<sup>o</sup> L'Ordonnance est restée en vigueur, seule elle régit la matière des testaments reçus par les chanceliers. — Dans la situation spéciale où fonctionne le chancelier, il importait de décider que le consul tiendrait lieu d'un second notaire ou de deux témoins. Mais on ne voit pas pourquoi faisant fonction de notaire il n'observerait pas d'ailleurs les formalités protectrices qui doivent entourer les actes notariés et notamment les testaments publics.

TESTAMENT OLOGRAPHE. — CONSÉQUENCE DE LA FAUSSETÉ OU DE L'INEXACTITUDE DE LA DATE. — Cass. ch. req. 29 nov. 1882. *J. Pal.* 1883, 373. Caen 1<sup>er</sup> mai 1883. *J. Pal.* 1883, 710.

Tous les ans le nombre des testaments olographes attaqués pour irrégularité dans la date est très élevé, et plusieurs sont annulés pour une inexactitude que l'on appelle une fausseté, sans que l'on ait aucune raison de soupçonner le testateur d'avoir voulu éluder une loi d'incapacité, ou tromper les héritiers sur l'époque de la rédaction. Souvent le testateur copie un modèle de testament déjà daté ; il transcrit pour y introduire quelques modifications un testament antérieur, il reproduit sans réflexion la date primi-

tive. Une inadvertance entraîne une nullité déplorable et réduit à néant des libéralités pleines de sagesse.

La Cour de cassation de Belgique a consacré une interprétation moins sévère de la loi. Elle a pensé que le testament ne devrait être annulé que lorsqu'il apparaîtrait que la fausseté de la date a été un moyen d'échapper à une cause d'incapacité temporaire, ou à des reproches de captation subie. Une simple erreur ne serait pas une raison de nullité <sup>1</sup>. Cette distinction entre la fausseté et l'erreur est séduisante. Faut-il donc réprouver la rigueur avec laquelle nos tribunaux annulent tout testament olographe dont la date inexacte ne peut être réctifiée par les énonciations du testament lui-même ?

Si, dans le testament olographe, l'écriture était un simple mode de preuve, si la volonté de faire des legs avait sa force en elle-même, indépendamment de son mode de manifestation, la décision de la magistrature belge serait exacte. La date indiquée serait un élément de discussion dans l'examen des causes de nullité atteignant la volonté elle-même. L'inexactitude de la date ne serait point par elle-même une cause de nullité ; l'absence de date ne devrait pas l'être non plus. Mais il semble plus conforme à la pensée du législateur de considérer le testament olographe comme un acte solennel. L'écriture, la signature sont des solennités ; l'énonciation de la date, de la date véritable, est une solennité, une condition essentielle de la validité de l'acte. Aucune objection ne résulte de ce que le testament olographe est un écrit privé, non authentique, ne faisant foi qu'après avoir été reconnu sincère. La solennité et l'authenticité marchent fréquemment de concert, mais ne sont pas inséparables. Ce qui démontre que le testament olographe est un acte solennel, c'est que le légataire ne serait pas admis à déférer le serment à l'héritier sur la connaissance que celui-ci aurait des dernières volontés de son auteur. La date, la date exacte est une solennité sans laquelle le testament olographe ne peut valoir. Telle est la conséquence du principe que nous avons posé et qui est l'âme de notre jurisprudence française.

<sup>1</sup> V. *Comm. de la loi du 25 vent. an XI*, par Rutgeerts, réédité par M. A. Amiaud, t. I. p. 275, n° 189.

Le droit romain était moins sévère. Justinien, quoiqu'il eût assujetti, après Théodose, la volonté de faire un fidéicommis à une manifestation devant cinq témoins, n'en reconnut pas moins la validité d'un fidéicommis révélé par une délation de serment du fidéicommissaire à l'héritier qui savait être grevé. Le codicille, dans cette législation, n'était pas un acte vraiment solennel. La présence de cinq témoins était plutôt un mode de preuve réglementé qu'une solennité <sup>1</sup>.

DU TESTAMENT OLOGRAPHE ÉCRIT AU CRAYON. — Besançon, 6 juin 1882. *J. Pal.* 885. p. 815.

Un testament olographe est-il valablement écrit avec un crayon ? L'affirmative doit être admise et elle l'a été par la Cour de Besançon.

La loi ordonne au testateur d'écrire lui-même ses dispositions ; elle ne spécifie pas la substance dont le testateur doit se servir pour tracer les lettres sur le papier. Le crayon présente aussi bien que l'encre les caractères propres d'une écriture individuelle. — « Le crayon s'efface plus aisément que l'encre. » — Qu'importe ? ce n'est qu'une différence du plus au moins dans la facilité d'altérer l'œuvre du testateur ; des procédés chimiques font aussi disparaître l'encre. D'ailleurs le blanc qui en résulterait (à moins qu'on n'eût intercalé une autre écriture, ce qui changerait complètement la question et suggérerait une autre cause de nullité) révélerait la fraude. Si le vide est comblé par une écriture nouvelle, de toutes façons les experts auront mêmes moyens de découvrir l'individualité de l'écriture superposée.

TESTAMENT OLOGRAPHE DÉTRUIT. — DROIT DU LÉGATAIRE. — Cass. ch. req. 12 juin 1883. *France judiciaire*, 7<sup>e</sup> année, p. 17.

Un testament olographe a existé ; il a été détruit par une personne intéressée à en empêcher l'exécution. Ces faits, que nous supposons, comment peuvent-ils être prouvés devant la justice ? Prouvés, quelles conséquences entraîneront-ils ?

L'existence du testament, et sa destruction peuvent être établies

<sup>1</sup> Inst. just. liv. II, tit. XXIII, § 12.

par tous moyens de preuve; tous sont recevables, la preuve par témoins, la preuve par présomptions de l'homme. Deux raisons peuvent en être données.

1° La destruction est un acte méchant ou simplement un acte fautif, dommageable à autrui, un délit. Celui qui en souffre est autorisé à le démontrer de toutes les façons dont la conviction peut naître dans l'esprit humain. Cela résulte du 1° de l'art. 1348 du C. civ.

2° Une autre disposition du même Code (l'art. 1348 4°) permet de reconstituer un titre perdu accidentellement, et à *fortiori* un titre détruit méchamment, en ayant recours aux témoignages oraux et aux présomptions de fait. — Cet article, qui s'applique certainement aux instruments de preuve littérale, doit-il être étendu aux actes solennels, notamment aux testaments olographes? La Cour de cassation le décide.

Il est très important d'opter entre ces deux raisons; car elles ne conduisent pas l'une et l'autre aux mêmes conséquences.

Si l'on se borne à invoquer la règle en matière de délit, si l'on ne croit pas qu'un acte solennel puisse être reconstitué par de simples témoignages, le légataire lésé n'a qu'un droit, agir contre l'auteur de la destruction, conclure contre lui à des dommages et intérêts.

Si l'acte solennel dont l'existence régulière, dont le contenu, dont la destruction sont démontrés, est considéré comme rétabli, comme existant encore, le légataire est fondé à demander l'exécution de la libéralité écrite à son profit. Dans ce but il a action contre tous ceux qui profitent de la destruction, fussent-ils étrangers au fait de la destruction.

La première opinion laisse le légataire sans protection, sans ressource lorsque la perte du testament provient d'un cas fortuit.

Seule la seconde opinion, appuyée sur le 4° de l'art. 1348, ressuscite, même en ce cas, le testament au profit du légataire à l'encontre de tous ceux que la disposition du testateur était destinée à appauvrir.

UN TESTAMENT OLOGRAPHE RECONNU FAIT FOI DE LA DATE ET DU LIEU DE SA RÉDACTION. — Aix, 11 juillet 1881. *J. Pal.* 1883. 1237.

Nous empiéterions sur le domaine d'un collaborateur si nous

examinions la principale difficulté soulevée dans cette affaire : La validité du testament olographe dépend-elle de la loi du lieu de confection, ou de la loi nationale du testateur, ou encore de la situation des biens légués ?

Mais il est une première solution qui rentre dans notre cadre : un testament dont l'écriture est reconnue ou tenue pour reconnue ou jugée sincère fait foi de ce qu'il contient.

Il fait foi de sa date. Les héritiers, les légataires gratifiés dans un autre testament doivent accepter comme vraie la date indiquée. Cela est conforme au droit commun. L'art. 1328 du C. civ. ou bien est étranger à la question, ou bien dicte la solution. — « étranger. » — Les successeurs universels sont généralement mis en dehors des tiers que l'art. 1328 protège. — « décisif. » — Les légataires même particuliers sont assurément les ayant-cause du testateur : ils doivent provisoirement regarder comme vraies les affirmations de leur auteur.

La preuve contraire leur est permise s'ils prétendent que le testateur a voulu par une antedate échapper à une loi impérative ou d'ordre public, à une loi d'incapacité.

La date comprend, facultativement au moins, l'indication du lieu de rédaction, et il n'est pas sans intérêt, si la règle *locus regit actum* est applicable à la validité du testament, de constater que le lieu indiqué dans la date doit être accepté comme exact jusqu'à preuve du contraire.

LA VOLONTÉ D'UN TESTATEUR QUE SON TESTAMENT NE SOIT OUVERT QU'UN CERTAIN TEMPS APRÈS SA MORT, EST-ELLE LICITE. — Angers, 3 mars 1881. *J. Pal.* 1883. 350.

Un testateur exprime sur l'enveloppe de son testament la volonté que son testament ne soit ouvert qu'un certain temps après sa mort. Cette volonté doit-elle être respectée ? La Cour d'Angers a jugé qu'elle était contraire à l'ordre public. La clause discutée place les héritiers dans une situation intolérable. Doivent-ils accepter ou répudier ? Peuvent-ils disposer des biens héréditaires ? Comment se comporter à l'égard du fisc ? Ces inconvénients sont tels que la volonté du testateur ne sera pas obéie. Le testament sera ouvert sans retard ; les héritiers connaîtront la mesure

exacte de leurs droits dans le présent et dans l'avenir. L'exécution des dispositions du testament sera au surplus différée aussi longtemps qu'il aura été ordonné par le testateur.

Les Romains allaient plus loin ; ils effaçaient le terme que le testateur aurait apposé à une institution d'héritier ; ils voulaient éviter que l'hérédité ne demeurât jacente alors que le testateur, fixé sur le choix de la personne qu'il voulait appeler à son hérédité, n'avait pas un intérêt sérieux à ce retard dans l'adition.

Notre législateur n'a point conservé cette disposition. Le terme ajouté à un legs universel sera respecté. Nous ne connaissons plus pour l'hérédité l'état de jacence, le sursis à la dévolution et les inconvénients qui en découlaient. Mais il importe tout au moins que les héritiers connaissent dès l'ouverture de la succession les charges que la volonté libérale du *de cujus* leur impose ou leur imposera, afin qu'ils puissent, en connaissance de cause, prendre un parti sur la succession dévolue.

Nous avons déduit des motifs émis par la Cour d'Angers une règle générale. Une circonstance particulière de l'espèce rendait la solution plus nécessaire. Le testateur avait fait deux testaments, dont un seul devait rester clos pendant un certain temps après sa mort, et il annonçait lui-même que le sort des dispositions contenues dans le testament immédiatement ouvert serait modifié par les dispositions du testament dont l'ouverture était différée ; de telle sorte que cette volonté bizarre faisait planer une incertitude inadmissible, non seulement sur le droit des héritiers, mais encore sur l'effet des libéralités exprimées dans le premier testament, restées pour ainsi dire à l'état d'ébauche.

DE LA RENONCIATION A UN LEGS UNIVERSEL. — Cass. 15 fév. 1882. *J. Pal.* 1883. 660. Poitiers, 30 nov. 1881, *J. Pal.* 1883. 629.

Un successible, héritier légitime ou légataire, a deux façons de manifester sa volonté de renoncer à la succession ou au legs : une renonciation par acte au greffe, une obligation de ne pas accepter contractée envers ceux qui profiteront de la renonciation. Les deux procédés sont-ils valables ? Le résultat de leur emploi est-il le même ?

La Cour de cassation s'est bornée à déclarer valables les deux

manières d'agir sans en préciser les effets. Elle a repoussé l'idée présentée au nom du pourvoi que toute renonciation non réalisée par acte au greffe est inefficace.

La Cour de Toulouse, en l'arrêt attaqué, s'était placée à un point de vue plus étroit, plus approprié à l'espèce ; il s'agissait d'un légataire à titre universel. Elle avait jugé qu'un tel légataire, à la différence d'un héritier, n'était pas tenu d'observer l'art. 784 du Code civil.

Nous croyons que la théorie exacte se compose des propositions suivantes :

L'art. 784 qui organise une renonciation par acte au greffe, ne régit que les successibles doués de la saisine ; elle a trait aux rapports de ces successibles avec les tiers, les créanciers du défunt. La saisine les soumet à la poursuite de ces créanciers ; la renonciation réalisée au greffe les en affranchit. La forme qui est celle d'une publicité impersonnelle, en quelque sorte *in rem*, est adaptée à un effet qui se produit d'une façon générale. Le légataire universel saisi est sous ce rapport assimilable à l'héritier légitime.

Les successibles non saisis ne sont pas tenus d'observer l'article 784. Ils n'ont qu'à ne pas demander envoi en possession ou délivrance pour rester étrangers à la succession, non passibles de la poursuite des créanciers.

Tous les successibles, saisis ou non saisis, peuvent s'obliger par contrat à ne pas accepter la succession ou le legs qui leur est échu. Ce contrat n'a d'effet qu'entre les parties entre lesquelles il est intervenu ; il ne profite, il ne nuit pas aux tiers. Faite aux cohéritiers, cette promesse émanant d'un héritier saisi, n'est pas opposable aux créanciers qui sont fondés à commencer contre lui des poursuites. Semblable obligation autorise parfaitement les cohéritiers ou colégataires envers qui elle a été contractée, à exclure du partage le renonçant quoique la formalité de l'art. 784 n'ait pas été observée.

Nous regardons ces maximes comme incontestables et comme conformes à l'esprit de la jurisprudence, malgré la rédaction peu explicite, confuse même de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 15 fév. 1882.

DE LA MISE EN SOCIÉTÉ D'UN IMMEUBLE DONNÉ EN AVANCEMENT D'HOIRIE. —  
RAPPORT EN MOINS PRENANT. — Cass. ch. req., 23 juin 1882. *J. Pal.* 1883.  
286.

On sait qu'une donation d'immeuble en avancement d'hoirie, ne motive plus qu'un rapport en moins prenant, lorsque l'immeuble a été aliéné du vivant du donateur. Faut-il à ce point de vue considérer une mise en société comme une aliénation? Si la société n'est pas une personne morale, l'aliénation n'est que partielle, d'une part indivise. Si la société joue le rôle d'une personne, l'aliénation est plus apparente, plus complète; mais à la dissolution de la société, la propriété du donataire peut reparaître comme propriété indivise, et même comme propriété intégrale par l'effet du partage.

Dans l'hypothèse d'une société en nom collectif, la Cour de Nancy a décidé que la mise en société valait aliénation et affranchissait irrévocablement du rapport en nature. Nous dégageons cette solution de principe d'une affaire qui comportait d'autres questions, des questions de fait.

La décision nous paraît excellente et nous l'étendrions à tous les cas de société. Le législateur, en édictant l'art. 859, a voulu permettre au donataire toute espèce de disposition de la propriété de l'immeuble. L'apport en société, alors même qu'il ne transfère qu'une propriété indivise, engage la propriété totale dans une entreprise que la nécessité du rapport en nature ne doit pas venir troubler. Une aliénation résoluble doit être assimilée à une aliénation pure et simple.

Ajoutons, ce qui nous paraît peu contestable, que la solution relative au rapport en nature ou en moins prenant se précise et s'adopte une fois pour toutes à l'époque du décès d'après la nature de la disposition accomplie. Elle ne saurait être modifiée par les événements ultérieurs, par le retour de la propriété sur la tête du donataire, même en vertu d'une clause ancienne.

DONATION DE SOMME PAYABLE AU DÉCÈS DU DONATEUR. — CALCUL DE LA MASSE  
POUR L'EXÉCUTION DU LEGS. — Cass. ch. civ., 30 août 1881. *J. Pal.* 1883.  
1133.

Voici une question qui ne méritait pas d'occuper les tribunaux.



A plus forte raison doit-on s'étonner qu'un arrêt étrange ait rendu nécessaire une cassation.

Une somme de 40,000 fr. a été donnée en avancement d'hoirie. 16,000 francs ont été payés au jour de la donation et 24,000 fr. ont été stipulés payables au décès du donateur. Une hypothèque a été constituée. Le même donateur fait par testament un legs précipitaire à l'un de ses enfants.

Les 24,000 fr. encore dus au donataire en avancement d'hoirie doivent-ils être prélevés sur la succession, avant que le préciput soit exécuté? Il a fallu aller jusque devant la Cour régulatrice pour que l'affirmative fût reconnue. La loi ne dit-elle pas expressément que le rapport ne profite pas aux légataires? Celui qui a donné même en avancement d'hoirie ne peut pas reprendre ce qu'il a donné pour en gratifier un autre. La solution est plus évidente en face d'un legs précipitaire. Le rapport destiné à rétablir l'égalité ne doit pas servir à la détruire au détriment de ceux qui ont été les premiers gratifiés. Cela était observé dans l'espèce relativement aux 16,000 fr. déjà payés. Quel doute sérieux pouvait-on concevoir relativement aux 24,000 fr. qui n'étaient pas moins donnés quoique non payés, qui grevaient la succession comme une dette, aussi fortement qu'une dette qui aurait été contractée à titre onéreux? — La différence admise par une Cour d'appel entre la partie déjà acquittée et la partie encore due de la donation rapportable, est vraiment incompréhensible.

DONATION INDIRECTE OU DISSIMULÉE SOUS LA FORME D'UN BAIL. — RÉDUCTION. —  
Cass. ch. civ., 19 déc. 1882. *J. Pal.* 1883. 627.

Un propriétaire, ayant un enfant destiné à lui survivre, loue ses immeubles à des tiers pour une durée de cinquante ans. Après la mort du bailleur, son enfant, héritier réservataire, soutient et fait admettre qu'à raison de la modicité du loyer, ce bail constitue une donation dissimulée ou indirecte. La libéralité excède la quotité disponible. Une difficulté assez grave s'élève sur la manière d'opérer la réduction.

L'art. 917 du Code civil a été invoqué par analogie et les époux locataires ont essayé de placer le réservataire qui se plai-

gnait d'une atteinte à sa réserve, dans la nécessité alternative ou d'abandonner la quotité disponible en pleine propriété, ou d'exécuter le bail intégralement.

L'art 917 a été écarté par la Cour de Caen et par la Cour suprême. Cet article prévoit des libéralités viagères dont la valeur excède la portion disponible. L'espèce présente une libéralité temporaire en revenus, mais non pas une libéralité viagère. L'art. 917 doit-il être restreint à l'hypothèse spéciale qu'il prévoit, ou étendu à toute donation de revenus? La raison d'adopter la solution qu'il renferme, gît-elle en ce que la libéralité est viagère, ou en ce qu'elle a pour objet un revenu, un bénéfice annuel périodique et temporaire?

Les magistrats ont eu pleinement raison de déclarer l'art. 917 inapplicable. La difficulté que le législateur a voulu résoudre ou prévenir par cet article, tient à ce que l'incertitude de la durée de la vie humaine rend d'une estimation incertaine et problématique le montant d'une libéralité viagère. Dans l'espèce, la durée certaine du bail permettait de faire une évaluation au moyen d'éléments précis, le bénéfice résultant de la modicité du loyer annuel, multiplié par le nombre des années de bail, dû-t-on tenir compte des délais qui retardaient la perception du bénéfice total.

L'article 917 éliminé, les art. 920 et suivants devaient recevoir leur application. La Cour d'appel avait arbitrairement limité l'exécution du bail à la moitié des immeubles et ordonné la délivrance des legs. Réduire une donation alors que des legs étaient exécutés était une violation manifeste de l'art. 923, laquelle devait entraîner cassation. Nous n'insisterons pas sur cette évidente illégalité.

Une fois constatés le montant de la quotité disponible, le montant de la donation, l'excès et la nécessité d'une réduction, comment devra s'opérer cette réduction? On peut, comme l'a fait la Cour de Caen, faire sortir du bail un certain nombre d'immeubles; on peut diminuer le nombre des années du bail; on peut, en laissant subsister intacts l'objet et la durée du bail, relever le loyer convenu. Ce dernier procédé nous paraît le meilleur, parce qu'il donne satisfaction au réservataire en mo-

difiant le moins possible la situation faite au donataire. La nature et l'importance des biens à exploiter, la durée de l'exploitation touchent plus directement au succès de l'entreprise que le chiffre de la redevance à payer.

En tous cas, il est une idée conçue par les magistrats d'appel et qui doit être énergiquement repoussée. Selon la Cour de Caen, toute libéralité en revenus devrait être réduite par cela seul qu'elle empiète sur le revenu de la réserve, et cela sans compensation. Cette conception explique pourquoi la Cour a cru pouvoir donner effet à des legs après avoir réduit une donation. La donation en revenus a été réduite, non point parce qu'elle excédait la quotité disponible, mais parce que les revenus donnés excédaient les revenus de la portion disponible, et entamaient les revenus de la réserve. Cette décision laissait disponible une nue-propriété dont le testateur n'avait point disposé au profit du donataire et qui ne pouvait être attribuée au donataire de revenus en compensation du retranchement qu'il subissait. Elle échait aux légataires.

Cette théorie, concevable en elle-même, ne trouve un point d'appui dans aucune disposition de nos lois. Le Code, en dehors du cas particulier prévu dans l'art. 917, soumet aux mêmes règles les donations en pleine propriété, les donations en revenus, les donations en nue-propriété. La loi n'ordonne pas que l'on respecte la réserve séparément à ces deux points de vue, au point de vue de la nue-propriété, au point de vue de la jouissance. La réserve est estimée en valeur numéraire; la portion disponible, de même; les donations sont également estimées en valeur. Ces valeurs, qui sont des quantités abstraites et non des réalités matérielles, se comparent, se déduisent l'une de l'autre. Ainsi se tranche la question de réduction. Si la donation, d'après sa valeur estimative n'est pas sujette à réduction, elle s'exécute telle qu'elle a été faite par le testateur. Peut-être le revenu de la réserve subira-t-il une brèche; en ce cas le réservataire aura un excès de nue-propriété pour compléter la valeur totale de la réserve.

La Cour de Caen paraît avoir poussé plus loin sa théorie. Elle semble avoir pensé que l'héritier légitimaire devait avoir sa ré-

serve en nature de meubles ou d'immeubles selon la composition du patrimoine. C'est ainsi que l'on peut comprendre la réduction du bail fait de tous les immeubles à la moitié des immeubles du disposant. L'enfant unique avait droit à une réserve de moitié. La moitié ou la totalité des meubles enlevée au besoin aux légataires, ne l'aurait pas indemnisé de la moitié des immeubles à laquelle il avait droit.

La décision de la Cour d'appel que nous avons, après la Cour de cassation, qualifié d'*arbitraire*, était peut-être une déduction logique de principes témérairement adoptés. L'erreur qui réside dans la théorie que nous venons d'exposer, est, à notre avis, démontrée par cette seule observation. D'après cette théorie, le calcul conduisant à la réduction devrait s'opérer distinctement sur la nue-propriété, sur la jouissance des biens, sur l'actif mobilier, sur l'actif immobilier de la succession. La loi, dans l'article 920, n'ordonne et n'organise qu'un seul mode de calcul. L'art. 917 lui-même qui apporte une dérogation suppose le principe de ce calcul unique au moyen de la conversion en valeurs numériques.

DONATION PAR UN ASCENDANT DE SES BIENS INDIVIS. — PARTAGE INTERVENU LE SURLENDemain ENTRE LES ENFANTS DONATAIRES. — Besançon, 11 fév. 1882. *J. Pal.* 1883. 584.

Une différence minime en apparence dans les faits peut introduire une grave diversité de solution dans le droit.

Un ascendant opère par un seul et même acte ou par deux actes dont le dernier est la suite convenue, la condition de l'autre, la donation de ses biens à ses enfants, et la division entre ceux-ci des biens donnés. C'est un partage d'ascendant rescindable pour cause de lésion; mais d'après la jurisprudence, la lésion ne s'examinera qu'au décès de l'ascendant et l'action en rescision ne sera prescriptible qu'à partir de cette époque. — Une lésion de moins du quart serait irritante dans l'hypothèse prévue par l'art. 1079 du Code civil.

Un ascendant donne ses biens à ses enfants. Il les donne indivisément et n'en opère pas le partage. Les enfants gratifiés laissés libres de faire durer entre eux ou de faire cesser l'indivision, se décident immédiatement à faire le partage des biens

donnés. L'ascendant ne participe pas à cette opération. L'action en rescision pour lésion s'ouvre dès la date du partage ; la prescription commence à courir ; la rescision dépend d'une lésion qui aura existé à cette même date. — Lors même qu'un des enfants serait précipitaire, la disposition exceptionnelle de l'article 1079 ne serait pas applicable.

La différence que nous venons de signaler est certaine ; elle n'a fait doute dans l'espèce jugée par la Cour de Besançon, que parce que l'acte émané de l'ascendant renfermait des clauses contradictoires : le donateur avait déclaré « faire un partage anticipé conformément aux art. 1075 et 1076 du Code civil » ; puis il avait été stipulé dans l'acte que « les donataires resteraient en indivision jusqu'à ce qu'il leur plût faire entre eux un partage en nature ou une licitation des biens donnés. » — Les juges de première instance avaient fait prévaloir la première clause sur la seconde. Les magistrats d'appel ont avec raison attaché plus d'importance à la clause qui devait avoir un effet pratique et réel, qu'à celle qui donnait à l'acte une pure dénomination.

Probablement le notaire avait imaginé la première clause, déclarative d'un partage anticipé que l'ascendant n'accomplissait pas, afin de rendre plus certaine la perception fiscale du droit de succession au lieu du droit plus élevé de donation. Mais il est d'une jurisprudence invariable, quoique fort discutée, que la donation anticipée faite par un père à ses enfants de biens laissés indivis, jouit de la faveur accordée au partage anticipé. C'est tout au moins une ouverture anticipée de succession. V. Demante, *Principes*, n° 725 ; Naquet, *Traité de l'Enregistrement*, n° 946.

L'HÉRITIÉR ADJUDICATAIRE SUR LICITATION EST FONDÉ A EXIGER DE SES COHÉRITIERS LA RADIATION DES INSCRIPTIONS PRISES DURANT L'INDIVISION DU CHEF DE CES DERNIERS. — Cass. ch. du req. 11 janv. 1881. *J. Pal.* 1883. 506.

Le procès que nous allons analyser reposait sur une réclamation de frais peu élevés. Poursuivi avec acharnement devant toutes les juridictions, même devant la Cour régulatrice, il a certainement engendré des dépens plus considérables que les frais litigieux. Mais il a mis en jeu des principes d'une certaine importance.

Un immeuble a été, pendant un certain temps, indivis entre plusieurs héritiers. Sur licitation il a été adjugé à l'un d'entre

eux. Des hypothèques avaient été inscrites du chef des autres durant l'indivision. L'adjudicataire offre à chacun de ses cohéritiers la part de celui-ci dans le prix sous la condition que chacun d'eux lui rapportera la main-levée des inscriptions prises de son chef. Sur un refus d'accepter cette condition, il consigne la somme offerte.

Quels étaient les motifs de ce refus? Les cohéritiers présentaient le raisonnement qui suit: vous, cohéritier adjudicataire, vous êtes réputé par la loi avoir succédé seul pour le tout, immédiatement au défunt. Nous n'avons jamais eu aucun droit sur l'immeuble. Aucune inscription n'a pu, de notre chef, grever l'immeuble. Les inscriptions portées de notre chef sur l'état délivré par le conservateur l'ont été à tort. Vous pouvez invoquer les conséquences du principe posé par la loi, vous n'avez aucune éviction à craindre. Votre immeuble est franc d'hypothèques. Comment voulez-vous que nous éteignons, au moyen d'une main-levée d'inscription obtenue à l'amiable ou prononcée en justice, des hypothèques qui n'ont pas plus d'existence que n'en a notre droit de propriété par indivis évanoui comme s'il n'avait jamais existé. La loi a fait table rase du tout à votre profit.

Il est vrai que le cahier des charges imposait aux vendeurs de rapporter, dans un délai, main-levée des inscriptions prises de leur chef, mais cette clause supposait, disaient-ils, une adjudication au profit d'un tiers. En ce cas, les héritiers sont de véritables vendeurs; ils sont copropriétaires jusqu'à l'adjudication; ils ont pu hypothéquer. Les hypothèques ainsi constituées affectent l'immeuble entre les mains de l'adjudicataire. Elles sont pour celui-ci une menace d'éviction contre laquelle il a le désir légitime d'être prémuni.

Cette prétention n'a pas été accueillie par la justice. Reproduite à tous les degrés, elle a subi trois échecs successifs en première instance, en appel, en cassation.

Les magistrats ont invoqué en sens contraire :

1<sup>o</sup> la clause du cahier des charges, clause écrite en termes généraux, sans distinction, et 2<sup>o</sup> le droit commun. Ils ont, à ce dernier point de vue, argumenté en faveur de l'adjudicataire, de l'art. 883 du C. civ., dont pourtant ses cohéritiers faisaient

leur principal point d'appui pour résister à la condition imposée. L'héritier adjudicataire n'est pas forcé de se constituer juge du mérite des inscriptions portées sur l'état à lui délivré. Il n'est pas tenu de se débarrasser à ses frais d'inscriptions qui ne le concernent pas. Il a le droit d'en demander la main-levée à ceux du chef de qui elles ont été prises, puisque moyennant le paiement du prix d'adjudication, il doit acquérir une propriété franche de tous droits réels nés durant l'indivision.

Nous croyons qu'une autre argumentation est possible. La difficulté tient à la rédaction de l'art. 883 qui se sert d'une fiction pour exprimer une volonté impérative du législateur. La rédaction directe aurait été par exemple celle-ci : une propriété indivise ne peut être aliénée, affectée d'hypothèque ou de servitude que sous une condition résolutoire pour le cas où le bien serait attribué dans le partage à un héritier autre que l'aliénateur ou le constituant. Cette rédaction a l'avantage de montrer que la copropriété subsiste en réalité jusqu'à l'adjudication, que les copropriétaires sont en réalité les auteurs, les vendeurs (les garants, la loi le dit dans l'art. 884 du C. civ.) de celui d'entre eux qui, est attributaire ou adjudicataire. Elle met en saillie que les copropriétaires ne peuvent disposer de leur part indivise qu'à leurs risques et périls ; qu'ils doivent renoncer à l'effet de leurs dispositions lorsque le partage ne leur est pas favorable, afin de procurer à celui d'entre eux qui est attributaire ou adjudicataire une propriété franche de toute charge créée durant l'indivision.

Le raisonnement que nous venons de construire mènerait à une solution analogue, qu'il n'est peut-être pas inutile d'indiquer. Un propriétaire d'immeuble sous condition résolutoire, constitue une hypothèque. La condition résolutoire s'accomplit. L'hypothèque s'évanouit par voie de conséquence. Une inscription a été prise, elle subsiste matériellement. Le propriétaire sous condition suspensive dont la propriété est redevenue intégrale, veut en faire opérer la radiation. Il a le droit d'exiger de l'auteur de la constitution d'hypothèque que celui-ci, à ses frais, par un acte volontaire ou par un jugement lui procure la main-levée de cette inscription. Les frais de cette main-levée doivent être supportés plutôt par celui pour la dette et partant dans l'in-

térêt duquel l'hypothèque résoluble a été instituée que par celui qui souffre de l'existence d'une inscription mal à propos maintenue.

Nous ne savons pas si dans notre affaire il s'agissait d'hypothèques conventionnelles ou judiciaires. On peut plus aisément comprendre que les frais de main-levée d'inscription pèsent sur le débiteur constituant au sujet d'hypothèques conventionnelles.

Supposons maintenant des hypothèques judiciaires. Ce sera, je crois, l'hypothèse la plus fréquente dans la pratique. On prête rarement sur la garantie d'une hypothèque affectant une propriété indivise. Les hypothèques judiciaires présentent la question sous un aspect nouveau. Le créancier, en vertu d'un jugement de condamnation, prend une inscription générale, ne contenant l'indication d'aucun immeuble en particulier. La réquisition de la délivrance d'un état d'inscriptions par l'adjudicataire porte, outre le nom du défunt, les noms des cohéritiers de l'adjudicataire. Le conservateur insère dans l'état les inscriptions d'hypothèques judiciaires prises du chef de chacun de ces cohéritiers. Qui doit supporter les frais de l'acte ou du jugement qui mettra l'adjudicataire à l'abri de ces inscriptions que l'article 883 rend inefficaces relativement à l'immeuble adjugé? Est-ce l'adjudicataire? Est-ce le conservateur? Est-ce le créancier? Est-ce le débiteur?

Le débiteur répond : je n'y suis pour rien. Je n'ai pas affecté spécialement ma propriété indivise. Je n'ai accompli durant l'indivision aucun acte qui puisse nuire à l'adjudicataire.

Le créancier répond : j'ai pris une inscription générale, devant porter sur les immeubles que le débiteur aurait le droit d'hypothéquer. Mon inscription ne pèse pas sur les immeubles dont mon débiteur est réputé n'avoir jamais eu la propriété. Je ne suis pas dans mon tort.

La conservateur répond : On me demande s'il existe des inscriptions du chef de telle personne sur tel immeuble. Je dois insérer dans l'état : 1° les inscriptions qui spécifient pour débiteur la personne et pour objet de l'hypothèque l'immeuble désigné ; 2° les inscriptions générales, quant à l'objet et où se trouve comme débiteur le nom de la personne désignée dans la réquisition. Faisant cela je fais mon devoir. Quant à l'effet rétroactif du



partage, je n'ai pas la mission d'en déduire les conséquences, je n'en ai pas les éléments. La succession, l'acquisition par les héritiers des immeubles du défunt, l'adjudication au profit de l'un des copropriétaires ne donnent lieu à aucune transcription sur mes registres. Il n'y a donc aucune raison de me faire subir une responsabilité.

Nous regardons comme justifiés et exempts de responsabilité le créancier et le conservateur. Restent donc en présence l'adjudicataire que l'inscription gêne, non point qu'il redoute l'exercice de l'hypothèque, mais parce que s'il vend à son tour, il sera tenu d'en procurer main-levée à son acheteur, — et le débiteur, c'est-à-dire le cohéritier condamné par le jugement, source de l'inscription. Nous croyons que, de même que dans l'hypothèse précédente, les frais de main-levée doivent plutôt être supportés par le cohéritier pour la dette duquel l'inscription a été réalisée.

DU CONCOURS SUR UNE MÊME TÊTE DES QUALITÉS D'HÉRITIÈRE ET DE LÉGATAIRE. —  
Toulouse, 16 mars 1882. *J. Pal.* 1883. 444.

Nous ne voulons pas pénétrer dans les détails compliqués de l'affaire sur laquelle a statué la Cour de Toulouse le 16 mars 1882. Nous nous bornerons à détacher une question théorique, assez importante et dont l'intérêt pratique serait plus considérable en d'autres hypothèses.

Un testateur écrit au profit d'un de ses parents un legs à titre universel ou à titre particulier. Ce parent légataire est ensuite appelé à la succession du *de cuius*. Les deux qualités de légataire et d'héritier se rencontrent sur une même tête. Peuvent-elles co-exister ?

Cette question comporte trois solutions :

1° Les deux qualités sont incompatibles ; car nul ne peut être propriétaire à deux titres. Une confusion s'opère. La cause d'acquisition la plus large absorbe, éteint la cause d'acquisition la plus étroite. La qualité d'héritier exclut la qualité de légataire. *Sic*, Toulouse 16 mars 1882.

2° La confusion est possible ; mais elle peut être évitée. L'héritier n'a qu'à accepter sous bénéfice d'inventaire pour conserver les avantages attachés à la qualité de légataire. L'avantage principal consiste en ce que le legs fait à l'héritier concourra avec les autres

legs et au besoin les réduira si le disponible a été excédé. L'étendue des legs que l'héritier sera tenu de délivrer sera restreinte. Le testament s'exécutera comme si l'hérédité avait été recueillie par une personne non gratifiée d'un legs. *Sic*, Cour de cassation, 10 juillet 1844, Sir. Devill. 1844. I. 593.

3° Nous sommes enclin à préférer une troisième solution. On a relevé avec raison contre le second système que le bénéfice d'inventaire permet bien à l'héritier de conserver intacts ses droits personnels, droits acquis indépendamment de la succession, mais que ce bénéfice n'a aucune influence sur le concours et le conflit de droits successoraux. Est-ce à dire que nous soyons forcés de subir une confusion extinctive du legs? Non. On ne saurait être propriétaire à deux titres, par deux causes; cela est vrai. Mais entre plusieurs causes d'acquisition s'ouvrant au profit d'une personne, cette personne peut choisir et invoquer celle qui lui offre le plus d'utilité. J'accepte le legs et je serai propriétaire à ce titre des biens que le legs aura la vertu de me faire acquérir. J'accepte la qualité d'héritier et j'aurai en cette qualité les autres biens qu'aucun legs ne fera sortir de la masse héréditaire. Il n'y a aucun obstacle juridique à cette juxtaposition de qualités s'exerçant sur des objets divers.

J.-E. LABBÉ.

## LA VÉRITÉ

### SUR LA RECHERCHE DE LA PATERNITÉ

Proposition de loi de M. Bérenger, tendant à modifier l'art. 340 du Code civil présentée le 16 février 1878. — Discussion au Sénat les 6, 8 et 10 décembre 1883. — Rejet par 183 voix contre 61, M. Cazot rapporteur.

Par M. Léon GIRAUD, docteur en droit.

(suite<sup>1</sup>).

#### SOMMAIRE.

VI. — Discussion.

VII. — Résumé et conclusion.

#### VI.

#### Discussion.

Cette question qui résume tous les arguments donnés pour ou contre est celle-ci :

<sup>1</sup> Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1884, nouvelle série, tome XIII, page 590.

Dans le conflit qui s'établit à propos de l'attraction sexuelle entre les instincts d'une part et la loi doublée de la raison de l'autre, conflit qu'il faut régler au mieux de la morale, quel remède est-il possible de trouver ? Et s'il n'y a pas de solution sans défaut, quelle est la moins imparfaite ?

L'irresponsabilité absolue de l'homme en matière d'union irrégulière, quant à l'enfant, vaut-elle, en somme, mieux que l'irresponsabilité absolue de la femme ?... C'est en ces termes qu'on semblerait tenté de poser le problème. Mais l'impossibilité de l'énoncer ainsi, nous apprend déjà où est la solution. — Il n'y a pas, il ne peut pas y avoir d'irresponsabilité absolue pour la femme en cette matière, car il y a toujours pour elle les fatigues et les dangers de la maternité et même une atteinte plus ou moins grande portée à la considération, (fût-ce dans l'hypothèse la plus favorable pour elle, au cas d'un mariage subséquent).

L'irresponsabilité qui est la chose la plus à craindre donc, parce qu'elle surexcite la passion quand elle ne la fait pas naître, lui laisse libre carrière et développe tous les mauvais instincts, ne doit pas tant être considérée chez la femme que chez l'homme. La nature des choses la rend impossible d'un côté ; mais elle la rend possible de l'autre, si le législateur n'intervient pour rétablir la balance en appelant du côté qui n'a pas nécessairement quelque chose à redouter, le poids de ses sévérités, pour ne pas dire de ses justices.

Voilà le vrai nœud du débat ; dès que l'irresponsabilité est reconnue mauvaise, il ne faut que se demander quel système la favorise le plus, quel système y remédie dans la plus grande mesure. Et alors la réponse n'est pas douteuse. A ces deux parties en présence que nous supposons attirées également l'une vers l'autre, — je me réserve d'établir plus loin ce point, qui est le seul d'ailleurs sur lequel on puisse fonder un raisonnement acceptable, — de ces deux parties donc, supposées pour le moment soumises au même entraînement et physiologiquement sujettes au même degré à succomber, il faut un frein moral, le sentiment des conséquences de leur acte, la prévision de l'avenir, le calcul, l'intérêt personnel, comme on voudra l'appeler, qui fasse obstacle à l'entraînement des sens ou du cœur. C'est

bien ainsi, sans doute, que la difficulté se présente, et tout le monde l'admettra.

Cela posé, il s'agit de savoir tout simplement de combien la solution adoptée augmente le sentiment de responsabilité salulaire chez l'une et chez l'autre partie ; nous saurons quelle est la plus morale, la moins favorable à la dépravation, la moins susceptible d'engendrer de funestes conséquences.

Eh bien ! En permettant la recherche à la femme, avez-vous perdu chez celle-ci ce que vous gagnez évidemment chez l'homme ? Pas du tout. En frappant l'homme de cette crainte de l'avenir, vous avez créé de toutes pièces une responsabilité qui n'existait pas, vous avez réveillé chez lui un sentiment inconnu, un mobile nouveau ; vous l'avez transformé en réfrénant du coup ses instincts et ses passions déchainées. Vous l'avez pris par la réputation qu'il craint de perdre, par ses projets d'établissement qui sont compromis, par la question de l'argent à déboursier pour toute une éducation... Il y a là un bénéfice net, un bénéfice énorme de ce chef.

Avez-vous perdu ce gain du côté de la femme ? Mais pour cela il faudrait que vous ayez réduit à zéro la responsabilité de son acte qu'elle avait tout à l'heure sans doute d'une façon absolue (dans l'autre système) et qu'elle va partager maintenant avec un autre. Mais ce n'est pas, encore une fois, ce que vous avez fait ; et la nature des choses s'y oppose. Et quand on reproche à la recherche de la paternité d'exonérer la mère et par là d'échouer comme système préventif, on ferme les yeux à cette nature des choses. La femme devenue mère reste mère en dépit de tout ; et vous ne reportez pas sa fonction spéciale et inéluctable sur la tête d'un autre parce que vous lui permettez d'en nommer l'auteur. Elle partage, soit ! l'éducation de l'enfant ; mais elle en garde toujours sa part ; et il y a une chose qu'elle garde complètement pour elle, à savoir la grossesse, l'accouchement et leurs suites, non seulement physiologiques, mais encore morales, c'est-à-dire déshonorantes jusqu'à un certain temps et toujours jusqu'à un certain degré, en admettant l'issue la plus heureuse, et que tout se termine par le mariage.

Dans l'interdiction de la recherche au contraire, vous aug-

mentez sans doute d'une quantité variable chez la mère ce sentiment de responsabilité qui existe toujours, en lui refusant toute espèce de recours pour elle et pour son enfant ; ou même vous surexcitez le sentiment du deshonneur à venir par l'impossibilité de la réhabilitation. Mais vous n'agissez que par une sorte d'adjuvant, sans pouvoir changer radicalement le point de vue de la personne tentée, puisqu'elle était déjà retenue par ailleurs. Quant à l'homme, vous le mettez dans un monde nouveau, celui de la liberté sans limite ou du pouvoir sans contrôle, qui devient bientôt inconscient à force de se sentir sans modérateur ; vous agissez jusque sur son esprit, après avoir énervé sa volonté de résistance, en supprimant chez lui le sens moral à propos d'un acte dont il ne voit plus la portée par aucune de ses suites, et vous arrivez à atrophier la conscience par le fait d'une immunité absolue et pour ainsi dire surhumaine.

Et c'est ainsi que se crée la théorie des deux morales, l'une pour un sexe, l'autre, pour l'autre — nous ne le savons que trop nous autres Français ! — et aussi toutes ces indulgences pour la conduite des hommes, jeunes ou vieux, qui ne sont que la sensualité et l'égoïsme masculin codifiés, indulgences que nous réclamons comme notre droit tout en demandant à la femme beaucoup de vertu de son côté, comme si un sexe corrompu n'arrivait pas forcément à corrompre l'autre !

C'est pourtant cette dernière théorie qui nous régit — nous et nous seuls — depuis 80 ans, et qu'on nous propose de maintenir. Au lieu de réparer l'inégalité que la nature a mise dans les suites d'un même acte pour l'un et l'autre des deux individus qui y ont pris part, on l'aggrave. A celui qui déjà n'avait pas la charge physiologique de l'enfant, on lui en garantit jusqu'à l'approche. Et pour empêcher de faillir le plus exposé, on augmente la charge de qui l'est le moins.

Mais ce n'est pas tout. J'ai supposé dans mon analyse que les deux sexes exerçaient l'un à l'égard de l'autre un pouvoir de séduction égal, et je me suis borné, pour présumer leur conduite, à l'étude des mobiles respectifs qui les faisaient agir. Et j'ai procédé ainsi parce que toute question sur le plus ou moins grand pouvoir de séduction de l'homme ou de la femme me semble inso-

luble, la première condition pour la résoudre étant une commune mesure, une faculté de comparaison qui nous manque pour apprécier cette force, ou un individu qui puisse être soumis aux deux influences, en d'autres termes un hermaphrodite. De même je n'ai pas tenu compte de la différence d'âge qu'on fait quelquefois intervenir comme une considération en faveur de la femme et qui est un élément en réalité en dehors de la question, quand on veut la résoudre dans sa portée philosophique. En effet la différence d'âge peut exister tout aussi bien au détriment du jeune homme. Et dès lors la solution de ces difficultés doit être cherchée dans le Code pénal qui pourra tenir compte, s'il y a lieu, de ces disproportions accidentelles et non pas dans une réforme civile qui pèsera sur l'homme d'une façon exclusive.

Mais il y a du moins un élément dont nous devons tenir compte dans l'action respective des sexes entre eux et qui vient montrer de plus en plus ce qu'a d'étrange la condition de la femme ; c'est la différence de situation et de fortune. Cette différence est toute en l'état actuel au profit de l'homme <sup>1</sup> ; et de là, un ascendant que subit la femme à un degré incomparablement supérieur, un mobile particulier qui l'entraîne, par la tentation du luxe ou la pression de l'autorité (publique aussi bien que privée, puisque l'homme commande dans l'Etat comme fonctionnaire aussi bien que dans l'industrie comme patron, chef d'atelier ou de ménage) de l'autorité sous toutes ses formes, quand ce n'est pas par l'exigence de la faim <sup>2</sup>.

Et ainsi l'amour chez la femme se confond avec la vanité, avec le confort, avec le besoin : l'attrait physiologique chez elle se complique de sentiments très complexes inconnus à l'homme, qui le renforcent ou même en tiennent complètement lieu... Et ce pouvoir de l'homme grandit d'autant, grandit sans mesure, ne

<sup>1</sup> Qu'on ne dise pas qu'il pourrait en être autrement. Ce phénomène est si général, si évident que nous ne pouvons en faire abstraction. Il suffit de citer la loi matrimoniale qui accorde tout à l'homme et dénie à peu près le droit de propriété à la femme, pour en être saisi.

<sup>2</sup> Un fait récent a montré que les exemples d'intimidation de la part de l'autorité publique étaient fort possible (affaire Noëlie Pesquidous contre le procureur de la république de Mont-de-Marsan).

trouvant en lui-même aucun contre-poids et rencontrant autour de lui tout ce qui est favorable à son expansion.

Que l'on s'étonne maintenant de ces situations douloureuses entre toutes, révoltantes, mais si nombreuses, d'ouvrières *séduites* par leur patron (disons le mot maintenant), de domestiques *séduites* par leur maître, situations contre lesquelles le Code pénal ne peut rien, même si la jeune fille est mineure, car il n'y a pas eu détournement, la jeune fille n'a pas été enlevée <sup>1</sup>, le séducteur l'a eue à sa portée comme pour avoir moins de peine, de sorte que la loi nous apparaît ici comme une dérision, faite pour toutes excepté pour celles qui en auraient besoin.

D'après notre Code pénal on n'est responsable d'avoir démoralisé la jeune fille mineure qu'autant qu'on l'a *enlevée*, d'où elle était. Nous avons vu que le patron ou le maître n'ont pas besoin de cela pour se satisfaire. Pour que la loi s'émeuve, il faut qu'une voiture et un cocher complaisant soient dans l'affaire; autrement la jeune fille est censée s'être donnée librement, consciemment, et tout est pour le mieux dans le meilleur des mondes, — cela dès l'âge de 13 ans.

Mettez maintenant cet homme dans la position que nous savons, avec l'autorité de la fonction, qui le rend dispensateur de l'avenir, ou l'avantage de la fortune, qui le rend maître de tous les appétits, en face de cette jeune fille de 17 ans, de 14 ans, qui vit avec lui, sous ses ordres et dont il n'a rien à craindre s'il s'abandonne à son penchant ou s'il écoute une passion basse, ni au point de vue pénal, ni au point de vue civil... Et vous aurez l'explication de bien des misères — lesquelles ne sont pas sur le point de finir puisqu'on ne paraît pas les soupçonner et qu'on hésite à établir la responsabilité là où une liberté sans limites ne peut causer que des ruines et devient forcément un foyer de dépravation.

## VII.

### Résumé et conclusion.

Mais pourquoi s'est-on résolu à de si criantes anomalies, dont

<sup>1</sup> Art. 354 Code pénal « quiconque aura... entraîné, détourné ou déplacé les mineurs... des lieux où ils étaient mis par ceux à l'autorité ou à la direction desquels ils étaient soumis ou confiés... »

l'utilité sociale fait les frais aussi bien que le droit de l'individu, et qui nous autoriseraient à dire, en employant le langage de la politique, que l'interdiction de la recherche de la paternité a été plus qu'un crime, que ça été une faute ?

On le sait déjà par les quelques fragments que nous avons cités, et nous y revenons pour nous y arrêter peu de temps. Car au point où nous sommes arrivé la question paraîtra sans doute bien avancée.

Le scandale, la difficulté de la preuve, le chantage, l'intrigue... toutes ces objections qui pèsent comme un cauchemar sur les assemblées appelées à délibérer en cette matière et les empêchent de se rendre aux meilleurs arguments, de s'arrêter aux maux les plus évidents; ces objections peuvent faire effet quand on n'a pas pris soin de montrer d'abord combien les appréhensions qu'elles expriment manquaient de base. Il y a là un inconnu qui effraie; et quoique les maux à redouter soient problématiques en face de misères trop certaines, on se laisse entraîner comme à la pensée d'un abîme dont on ne croit pas pouvoir sonder l'étendue. Cette perspective d'une société troublée à chaque instant par des actions en justice portant sur des questions d'état; c'est-à-dire la composition des familles ou leur tranquillité remise sans cesse en question, déconcerte les esprits les plus généreux et les plus ordinairement inaccessibles aux préjugés. Il paraît que *cela se passait dans l'ancien droit*. La vie y était devenue impossible pour cette cause; des protestations s'élevaient de tous côtés contre cet agent de dissolution sociale et de perturbation publique. L'orateur qui est à la tribune l'affirme — sans en savoir plus que ses auditeurs personnellement, bien entendu, mais en répétant des paroles qui ont été prononcées il y a 80 ans... Tout cela a du poids et réussit, doit réussir dans une assemblée d'hommes préoccupés, peu au courant des questions historiques, qui ne se donnent pas la peine et qui ne peuvent pas se donner la peine de remonter aux sources ou de vérifier la valeur d'une assertion avancée d'un ton dogmatique.

Ils ne réfléchissent pas d'abord au peu de vraisemblance que ces assertions renferment en elles-mêmes dans les termes où on les présente; combien il serait peu probable qu'une société atta-



chant en somme autant que nous un grand prix à la paix des familles, ait permis qu'elles fussent le jouet *d'intrigants et d'intrigantes sans pudeur*; combien surtout il était peu probable que les classes élevées d'alors, très intéressées dans la question, se fussent résignées de bon gré à ouvrir leur rang au premier venu, sans titre, sans raison, et surtout sans garantie<sup>1</sup>; combien au contraire il était à présumer que cette aristocratie à peu près toute puissante pendant longtemps, aurait saisi tous les prétextes qui se seraient offerts à elle pour se procurer sous couleur de paix sociale comme aujourd'hui,

De l'amour sans scandale et du plaisir sans peur<sup>2</sup>.

S'ils pensaient à toutes ces choses, ils viendraient à ne plus croire comme parole d'évangile les assertions de MM. Lahary et Bigot de Préameneu, fussent-elles répétées par M. Duveyrier qui avait dit tout le contraire une année avant; et ils demanderaient au moins quelques éclaircissements sur le point de savoir sur quoi elles s'appuient et si elles sont conformes à la vérité. Alors l'enquête à laquelle nous nous sommes livré serait faite; on verrait à quoi se réduit cette protestation de la conscience publique, qu'on n'en trouve aucune trace chez les philosophes, les moralistes, les jurisconsultes du XVIII<sup>e</sup> ou du XVII<sup>e</sup> siècle pour ne pas remonter plus haut; que la seule voix qui se soit élevée dans ce sens dans le cours des siècles, celle de Servan ne se prononçait pas contre le principe de la recherche, mais contre une procédure abusive qui s'était maintenue dans certaines parties du territoire; procédure contraire à tous les principes juridiques, par conséquent ne compromettant en rien le droit à exercer lui-même qui se comprend très bien sans elle; procédure née de préjugés théologiques analogues à ceux qui avaient fait admettre la torture et dont nous ne devons pas craindre la résurrection dans nos temps.

On verrait que la Constituante n'a rien aperçu du tout, rien

<sup>1</sup> Remarque faite par M. de Gavardie qui n'a même pas pu obtenir l'attention, tant le Sénat était pressé après deux jours de discussion, et lui qui allait prendre deux jours de congé pleins, après ce grand effort.

<sup>2</sup> Molière : *Le Tartuffe*.

laissé transpirer de cette protestation qui aurait atteint, assurément, les proportions d'une croisade ; qu'elle ne nous avait pas laissé la trace dans ses immenses travaux de ce malaise dont souffrait le corps social depuis des siècles, et de « ce fléau », de cette plaie que pouvait guérir seul le fer rouge d'une disposition draconienne ; que la Législative n'en avait pas été plus préoccupée, — et qu'on le remarque bien, si la négligence des hommes à s'occuper de questions favorables aux femmes s'explique facilement, leur négligence pour les questions touchant directement les hommes et leur intérêt personnel s'explique beaucoup moins.

On verrait enfin que l'origine de notre fameux article n'est rien moins qu'une recommandation pour lui ; puisqu'il a pris naissance avec une façon de considérer les enfants naturels qui arrivait à ruiner le mariage par les droits de succession exorbitants à eux conférés, que c'est même pour cela et uniquement pour cela que, pour la première fois, on a limité une recherche jusque-là grande ouverte, dans le but d'atténuer les conséquences de l'erreur ;

Que cela est si vrai que la jurisprudence a refusé d'abord de se rendre aux termes exclusifs de cette loi de brumaire en ce qu'elle avait de cruel pour les enfants naturels, et leur a conservé dans plusieurs arrêts le droit aux aliments en toute circonstance, qu'ils avaient eu jusque-là ;

Que l'espèce de prévention contre les enfants naturels créée par la maladroite loi du 12 brumaire s'était accrue peu à peu, comme il devait arriver et avait seule permis la production de notre article 340 ; article que d'ailleurs une rédaction vicieuse du Code avait beaucoup détourné de sa première portée soit par l'omission d'un mot significatif (*non avouée*), soit par l'oubli des engagements solennellement pris quant à la validité des promesses de mariage, — et qui enfin, qui surtout devait être reporté pour une grande part à l'influence toute puissante de Napoléon, trahie par ses propres paroles au Conseil d'Etat, sans compter ses procédés révolutionnaires consistant à supprimer toute discussion libre et toute opposition naissante par des coups d'Etat parlementaires bien connus ;

Qu'il n'y a rien là, en résumé, qui doive éveiller l'enthousiasme des républicains ou des libéraux pour cette disposition d'ailleurs peu digne de la sympathie des conservateurs, comme rompant avec toute la tradition.

Et en faisant en deux mots la philosophie de la Révolution, ceux qui se réclament d'elle seraient forcés de convenir qu'après avoir montré des intentions humaines et non équivoques en faveur des enfants naturels, en les réhabilitant de l'espèce d'infamie sous laquelle ils étaient courbés et en abolissant le droit de *bâtardise*, elle est arrivée, — elle ou ses continuateurs et la législation qui est issue de cette époque, — à un résultat absolument contraire à celui poursuivi; que la grande majorité des enfants naturels en effet n'ayant pas de père (1 sur 14 ou 15 est reconnu de ce côté, d'après les statistiques) n'est pas même assurée de vivre, comme le prouvent tous les chiffres de la mortalité des enfants assistés à domicile ou recueillis par l'assistance publique; que la masse par conséquent est beaucoup plus malheureuse qu'auparavant; et qu'ainsi la réforme du droit intermédiaire est une mystification; et que ceux qui prétendent continuer ce droit ne devraient rien avoir de plus pressé que de faire cesser l'état de choses actuel en revenant à l'ancienne règle, au lieu d'invoquer à contre-sens l'humanité de l'œuvre de la Révolution qui est démentie péremptoirement par ses conséquences, tant qu'on ne veut pas corriger l'erreur fatale à ses bonnes intentions <sup>1</sup>.

Eh bien! voilà ce que nous avons fait à leur place. Et, nous le répétons, quand les considérations que nous avons présentées auront frappé les esprits, comme elle nous ont frappé, la question aura avancé d'un grand pas. Et le point de vue opposé à celui qui a triomphé au Sénat aura de grandes chances d'être accepté. Il y a comme un déplacement de perspective qui s'opère dès lors que le passé a été dégagé de ses ombres, reconstitué dans sa réalité, et que nous n'abordons plus le débat avec le poids de préjugés presque séculaires résultant d'une fausse donnée historique.

<sup>1</sup> M. Cazot a montré ici une insistance que nous ne comprenons pas (séance du 6 décembre), et il devait s'étonner lui-même de se voir constitué le champion des enfants naturels, tout en leur refusant le droit à la vie.

Alors cette objection du scandale ne prend pas ici d'autres proportions qu'elle n'en a dans les autres sujets où les mœurs sont engagées; et ces débats sont nombreux : l'adultère, le désaveu, l'outrage et l'attentat aux mœurs, l'excitation à la débauche, etc.

L'objection du chantage est dépourvue de toute l'importance que nous lui supposons gratuitement, avec la tête remplie d'imaginaires inventées à plaisir, et ne paraît pas plus à redouter que dans les nombreuses occasions où il peut trouver place tout aussi facilement : par exemple les imputations d'outrage aux mœurs ou d'attentat sur les enfants, qui sont susceptibles d'y donner lieu au moins aussi aisément — des procès récents où le chantage était évident nous ont assez appris ce qu'il en était.

Enfin la difficulté de la preuve qu'on fait sonner si haut nous apparaît réduite à sa juste valeur, de même nature à très peu près que dans le cas de recherche de la maternité cependant permise, puisque l'accouchement et la grossesse, les seuls faits matériels qui distinguent une espèce de l'autre, peuvent être complètement oubliés ou leur époque absolument incertaine au moment où l'on intente l'action, et que dès lors on n'a pour rattacher un enfant donné à une femme donnée que des présomptions de fait. La difficulté de la preuve ne nous apparaît pas plus formidable que dans bien d'autres cas encore, où le Code n'a cependant pas interdit de l'administrer; ainsi les contestations élevées sur une reconnaissance faite par plusieurs hommes à propos d'un même enfant, dont la solution exige impérieusement cette recherche prétendue impossible<sup>1</sup>.

D'ailleurs la question est jugée par les nombreuses et très-nombreuses décisions judiciaires qui ont accordé des dommages-intérêts à la fille-mère en se rendant à l'évidence d'une filiation qu'elles étaient amenées à reconnaître en dépit d'une loi contraire et par la force seule des choses. Cette jurisprudence a une portée en effet que ne soupçonnent pas les partisans de l'art. 340 : non seulement elle est une protestation contre lui, mais elle renverse par la base l'objection qu'on fait valoir pour le maintenir, en

<sup>1</sup> M. Cazot dans son discours, faisant allusion à ce cas, ne prévoit pas des reconnaissances multiples : c'est pourquoi sans doute il ne voit pas l'analogie que nous avons discernée.

accusant des cas innombrables où la preuve est possible, où la preuve est acquise. Et les partisans de l'art. 340 ne s'aperçoivent pas de quelle gratuite injure ils se rendent coupables envers la justice de leur pays, quand ils l'accusent d'avoir méconnu la loi sans la circonstance atténuante des faits, c'est-à-dire d'avoir été sans excuses devant la raison, comme ils ont été peu fidèles au texte.

Alors aussi l'argument tiré des législations étrangères qui a bien son prix, et qu'on n'a même pas essayé de combattre nous apparaît dans toute sa force. Et nous sommes de plus en plus frappés de la faiblesse des objections faites à la réforme demandée, lesquelles se résument toutes en des dangers de procédure ou de pratique — alors que la pratique est décidément en notre faveur et dans le temps et dans l'espace. Car on ne saurait trop le remarquer : dans cette discussion, les réformateurs jouent par exception, le rôle de conservateurs ou de partisans de la tradition — ce qui rend au moins singulier le reproche d'utopistes qui leur est lancé sans cesse ; et ceux qu'on appelle l'école sentimentale, l'école « romantique <sup>1</sup> » en fait de jurisprudence, de quelque côté qu'ils se tournent, voient leur rêve réalisé et leur « chimère » en pleine vie <sup>2</sup>.

Si c'était ici le lieu de prendre à partie toutes les objections plus ou moins plaisantes que la presse a faites à la réforme, nous verrions à ce propos ce qu'elles deviennent devant l'épreuve journalière accomplie à côté de nous, non pas depuis hier, mais depuis toujours. Nous ne voulons parler que de celle consistant à dire que les relations ordinaires entre personnes de différents sexes deviendraient plus difficiles en société, l'homme ayant tout à redouter des provocations peut-être irrésistibles de la femme qui constitueraient autant de dangers pour lui puisqu'elles pourraient amener des recours contre lui. Voilà un point sur lequel nos adversaires s'appesantissent complaisamment. On peut imaginer toutes les variations qui sont brodées sur ce thème. Voyons ce qu'il en est. Quel est le pays où le principe est le plus largement admis ? c'est sans doute l'Amérique du Nord, ou les États-

<sup>1</sup> La *République française* du 10 décembre 1883.

<sup>2</sup> Ce dernier mot est de l'*Événement* du 13.

Unis. Nous pourrions le prouver s'il en était besoin. Mais tout le monde l'accordera probablement : nous sommes familiarisés en France avec ce qu'on appelle la *flirtation*, cette séduction de l'homme par la femme qui ne peut être autre chose qu'une chasse au mari et qui suppose donc de grands recours pour la femme et une pareille responsabilité pour l'homme qui se laisse aller. La femme est donc à craindre là autant qu'elle le sera jamais ailleurs. Eh bien ! les rapports entre les sexes sont-ils devenus plus difficiles ? Il suffit de répondre ce qui est connu de tous. Il n'y a pas de pays où les jeunes gens se voient plus librement et jouissent de cette vie commune que nous croyons en effet, pour notre part, être un grand bien. Il n'y a pas de pays où les jeunes filles et les jeunes hommes vivent plus fraternellement et plus intimement côte à côte. Et s'il fallait caractériser la situation par quelque chose de topique, il n'y a que ce pays qui ait encore adopté la coéducation ou éducation mixte sur une vaste échelle et à tous les âges, c'est-à-dire qui ait pu réunir des jeunes gens des deux sexes de 16 à 24 ans dans ses universités et ses collèges, qui ait pu tenter l'épreuve et la voir pleinement réussir<sup>1</sup>.

S'il y a donc quelque chose de particulier aux Etats-Unis sous ce rapport, c'est un sentiment d'amitié nouveau dont ceux-là seuls qui l'ont éprouvé peuvent dire le charme, comme un élargissement de l'âme à des affections inconnues ailleurs, cela par des fréquentations qui sont d'après tous les témoignages une école mutuelle de perfectionnement intellectuel et moral.

En regard de ce fait qui n'est plus guère contestable pour l'observateur impartial, que voyons-nous dans le pays qui a adopté la maxime tout à fait opposée, je parle de la France, laquelle va nous fournir une sorte de contre-épreuve ? Nous y voyons les jeunes filles tenues à une réserve, à un isolement habituel qui ne se trouve peut-être nulle part ailleurs, ne sortant jamais qu'ac-

<sup>1</sup> L'enquête qui vient d'avoir lieu tout récemment sur 200 institutions de cet ordre a été très concluante. Sur ce sujet qu'il m'a été donné d'étudier de près, je ne puis que renvoyer à mon ouvrage sur *La Condition des femmes en Europe et en Amérique* (mentionné par l'Académie française), chez Ghio, éditeur.

compagnées — et c'est un spectacle qui frappe les étrangers voyageant en France — quand partout ailleurs il en est autrement. Je parle bien entendu des filles riches, de celles dont les parents ont les moyens de les faire accompagner, car les autres vont comme elles peuvent et deviennent ce qu'elles peuvent surtout <sup>1</sup>. Or, après avoir consulté quelques mères de famille, qui dira que l'article 340 et l'état de mœurs qu'il a engendré ne sont pour rien dans ce résultat? Il n'est pas très flatteur pour nous, pour la galanterie française en particulier. Mais si l'on veut être sincère, on l'attribuera à qui de droit, à l'absence de protection de la jeune fille dans notre pays, en d'autres termes à l'irresponsabilité absolue du jeune homme.

C'est ainsi que les objections se retournent contre ceux qui les présentent : c'est un trait spécial à notre sujet que j'ai constaté déjà plusieurs fois. Aussi ne désespérons-nous pas malgré le vote du Sénat qui n'est pour nous qu'un ajournement de la question. Et M. de Pressensé nous paraît avoir dit le mot vrai quand il a avancé que cette question « effacée de l'ordre du jour du Sénat, ne l'était pas de la conscience publique. » M. Gustave Rivet, l'auteur d'une proposition présentée à la Chambre des députés, et plus radicale que celle de M. Béranger, donnait un commentaire éloquent à ces paroles le lendemain <sup>2</sup> en reproduisant dans un court article deux faits divers navrants, l'un, d'exposition d'enfant, l'autre, d'infanticide, qui sont avec tous leurs similaires des motifs suffisants pour que la cause ne meure pas. Ce sont des faits de tous les jours sans doute, mais ils ne se sont pas produits à ce point toujours ; surtout avec l'aggravation des acquittements judiciaires, et des vengeances de filles-mères acquittées elles aussi : tous résultats de cette conscience publique. Qu'on dise que c'est du sentiment si l'on veut. C'est du sentiment aussi que de s'affliger de la dépopulation de la France, et par suite, de signaler ses causes. Il nous suffit, quelque nom qu'on lui donne, qu'il soit assez fort pour maintenir une agitation publique à ce sujet, et

<sup>1</sup> L'on sait ce qu'écrivait M. Le Play : « J'ai vu souvent dans le cours de mes voyages, la torture morale qu'inflige aux mères pauvres la situation de leurs filles attirées hors du foyer par la nécessité du travail. »

<sup>2</sup> *Le Rappel* du 12 décembre 1883.

nous comptons sur lui pour émouvoir, demain peut-être, ceux qui prétendent qu'il n'y a rien à faire et pour les amener à reviser le vote du 10 décembre 1883,

S'il nous était permis en terminant de donner notre opinion sur la discussion qui vient d'avoir lieu, nous dirions que la question posée comme elle l'était, courait grand risque de se perdre dans des considérations juridiques inaccessibles au grand nombre et où par conséquent triomphent facilement les seuls juriconsultes, trop souvent conservateurs nés de notre Code civil. M. Béranger ne proposait pas franchement d'abolir le principe nouveau pour retourner à l'ancien, sans doute ému lui-même de la légende du passé dont l'horreur l'avait gagné aussi, ou n'ayant pas en main les éléments pour aborder de front la question. De là cette espèce de contradiction inhérente à sa thèse, où son adversaire l'enfermait en l'accusant de compromettre le principe qu'il affectait de vouloir conserver <sup>1</sup>.

M. Gustave Rivet posant autrement la question pourra lui donner toute l'ampleur qu'elle comporte. Il pourra ne pas se montrer faussement respectueux du Code, en prouvant que le Code a fait banqueroute aux promesses de la Révolution. Il pourra expliquer à ceux qui en sont fanatiques, s'il y en a parmi ses collègues, que ce Code est perfectible comme toutes les choses humaines, surtout dans les questions touchant aux mœurs qu'il

<sup>1</sup> D'un autre côté M. Cazot nous semble avoir abusé de la dialectique et cédé au penchant de prendre son adversaire en défaut quand il a prétendu que M. Béranger demandait tout autre chose que ce qui était admis à l'étranger et ne pouvait par conséquent pas s'en prévaloir. Il est évident que ce que voulait M. Béranger avant tout, c'était des aliments pour l'enfant; trouvant des droits autres encore attachés à l'illégitimité, il ne pouvait pas faire naturellement de distinction et de réserve. Et il se serait très bien contenté de ce qu'on appelait autrefois *frais de gésine* en les entendant largement, si à ce prix la demande de l'enfant eut dû [se voir accueillir; car c'est là tout ce qui presse à l'enfant et ce qui presse à l'humanité. M. Cazot, sans s'en douter, faisait ici le même raisonnement que la Convention : *pour ne pas vous accorder trop, nous ne vous donnerons rien*. Que M. Rivet ne craigne pas de poser sa thèse sur la simple question des aliments, si l'objection lui est de nouveau présentée et qu'au moins nous ne risquions pas encore une fois de ne rien obtenir, parce que nous aurons paru trop demander.



avait, de l'aveu de tous, fort mal résolues à certains égards comme le prouvent plusieurs additions faites depuis : ainsi en est-il de notre législation quant aux attentats à la pudeur qui n'étaient point réprimés alors qu'aucune violence ne les accompagnait et bien que de tous jeunes enfants en fussent les victimes, et qui ont été successivement l'objet de deux dispositions de plus en plus sévères (art. 331, C. pén., deux fois retouché).

Est-ce trop demander en somme — même à des juristes — que de leur demander d'agir *au civil* dans le sens où ils ont agi *au pénal* ; et après avoir créé une responsabilité pénale nouvelle, de créer une nouvelle responsabilité civile — surtout dans des cas qui souvent ne manquent pas d'analogie ? Or, on ne réclame pas autre chose. — Qui peut le plus peut le moins : c'est un adage de droit. Et sans doute ce qui a été possible pour l'un des *cinq Codes* le demeure pour l'autre.

Surtout, est-ce trop leur demander que de compléter les lacunes évidentes qui s'y sont glissées, c'est-à-dire de faire aujourd'hui ce qui était dans l'intention des rédacteurs du Code, par exemple sanctionner les promesses de mariage ? Mais sanctionner les promesses de mariage, n'est-ce pas la moitié de la recherche de la paternité ! C'est donc à eux, justement à eux qui ont à cœur l'œuvre de 1803, de nous aider ; car ils ne marqueront jamais mieux leur piété filiale envers les auteurs du Code qu'en réparant ses oublis, et, comme le fils de Noé, en cachant ses imperfections.

LÉON GIRAUD.

## BIBLIOGRAPHIE.

### COMMENTAIRE SUR LA LOI DU 25 VENTOSE AN XI ORGANIQUE DU NOTARIAT

et sur les lois et principes du Droit civil qui s'y rattachent <sup>1</sup>,  
par L.-J.-N.-M. RUDGEERTS, professeur à l'Université de Louvain :

Nouvelle édition revue et considérablement augmentée et mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence belge et française,

par Albert AMIAUD.

Compte-rendu par M. J.-E. LABBÉ, professeur à la Faculté de Droit de Paris.

L'organisation du notariat, le recrutement du personnel, les

<sup>1</sup> 3 vol. in-8.

conditions de capacité exigées des candidats ont une grande importance et touchent au bon ordre des intérêts privés. Le notaire, par son influence, par ses conseils, par les soins donnés à la rédaction des actes, peut rendre de réels services, assurer la liberté du consentement, rappeler à l'honnêteté des consciences faibles, faire régner la paix dans les familles, prévenir les contestations. Sous ce rapport, la France trouve chez les peuples voisins, d'utiles exemples. En Belgique notamment, les candidats doivent joindre à un stage dont l'utilité est incontestable, un diplôme attestant de sérieuses connaissances juridiques. Dans toutes les universités, libres ou de l'État, des professeurs donnent un enseignement approprié aux fonctions notariales; la loi organique de ventôse an XI, les lois accessoires qui la modifient ou la complètent, les principes de l'enregistrement dont les notaires font une constante application, sont l'objet d'une étude qui embrasse deux années. Entre les traditions ou les tendances professionnelles qui ne sauraient être abandonnées à leur propre cours et les décisions de la jurisprudence plus ou moins déterminées par les faits de chaque espèce, s'élève ainsi une doctrine indépendante, préoccupée avant tout des principes de la législation. M. Rutgeerts, professeur à l'Université de Louvain, a fait sur cet objet des leçons et publié des ouvrages qui lui ont acquis une grande réputation et une autorité considérable. Son Commentaire de la loi de ventôse a été si avidement recherché en Belgique, si rapidement écoulé en ce pays que peu d'exemplaires ont pénétré en France. M. A. Amiaud, après la mort de l'auteur, a été sollicité d'en préparer et surveiller une seconde édition. Cette tâche lui convenait. Le sympathique secrétaire du Comité de législation comparée, déjà connu par un grand nombre de publications, réunissait les qualités nécessaires pour un semblable travail. Il s'est beaucoup occupé et avec une vive intelligence de tout ce qui regarde le notariat; instruit par l'expérience de la profession, il a su se dégager de toute considération routinière, et a proposé des réformes qui concilieraient la dignité des notaires avec l'intérêt général. M. Amiaud a intercalé dans le texte du livre belge quelques développements sur des questions omises ou neuves; il a surtout rédigé des notes précieuses constatant le dernier état de la jurisprudence, expri-

mant parfois des dissentiments motivés. Les opinions des juristes français ou étrangers sont analysées et nous signalons spécialement celles d'un professeur très distingué M. Bastiné, qui donne dans l'Université de Bruxelles un enseignement analogue à celui dont M. Rutgeerts était chargé à Louvain. Cette édition nouvelle se présente donc au public avec un enrichissement très appréciable.

Les personnes versées dans la pratique des affaires seront touchées d'un mérite qui certes a sa valeur; l'ouvrage est aussi complet que cela est possible; toutes les questions grandes ou petites y sont prévues et tranchées. La marche des affaires est entravée par une petite difficulté tout aussi bien que par une grande. C'est le doute sur la solution et non la gravité des raisons, ou l'élévation des points de vue qui arrête et embarrasse. L'auteur a même voulu, tout en prenant pour cadre le texte de la loi de ventôse, faire entrer dans son plan presque toutes les controverses que suscite ou que rencontre l'exercice des fonctions notariales. Qui se plaindra que les lignes du cadre aient été forcées pour arriver à ce but?

Au surplus, les discussions importantes ne font pas défaut et nous en citerons quelques-unes. — Les notaires ont compétence en concurrence avec les huissiers et les greffiers pour les ventes publiques de meubles. La loi a supposé que la vente serait faite au comptant; mais elle n'a pas défendu au vendeur d'accorder un délai pour le paiement du prix. L'officier public en ce cas ne se borne plus à dresser procès-verbal de la vente aux enchères; il constate une convention des parties. La forme de l'acte doit-elle changer, et quelle sera sa valeur? La solution la plus correcte consiste premièrement à exiger en cette hypothèse la signature des parties, et encore cette condition remplie, la force des actes sera bien différente suivant la fonction de l'officier présent. Le notaire donnera force authentique et force exécutoire à la convention; les huissiers et les greffiers n'auront concouru qu'à un acte privé. — Bien souvent les copropriétaires d'un immeuble pour se soustraire aux frais de vente judiciaire que nécessiterait la minorité de l'un d'eux, se décident à vendre à l'amiable en se portant fort pour leur co-intéressé incapable. Un notaire doit-il prêter ou refuser

son ministère en pareille circonstance. N'est-ce pas une fraude à la loi? M. Amiaud conseille aux notaires de s'abstenir et il cite des circulaires ministérielles qui, inspirées outre mesure par l'intérêt du Trésor public, menacent en ce cas les notaires de peines disciplinaires. En droit pur, l'opinion de Rutgeerts nous paraît plus exacte : pourvu que le mineur reste étranger à l'acte, que le tiers acheteur soit éclairé sur les conséquences du procédé, le notaire peut constater le consentement très licite des majeurs qui vendent et se portent fort. — A un autre point de vue nous pensons que M. Amiaud a très judicieusement combattu une décision dans laquelle le professeur belge avait trop servilement suivi la logique pure. Un notaire ne doit pas instrumenter pour une partie qui est son parent ou son allié jusqu'à un certain degré. Un acte est fait par un tuteur pour son pupille. Le notaire, étranger à la famille du pupille, est uni par un lien de parenté au tuteur. La prohibition s'applique-t-elle? M. Rutgeerts s'attache à cette idée subtile : Le tuteur représente le pupille ; c'est ce dernier et non son représentant qui est partie à l'acte. Donc le notaire n'est pas incapable. L'annotateur français remonte avec raison, selon nous, aux motifs de la loi, aux dangers qu'elle a voulu prévenir. Le notaire, en présence de son parent qui comme tuteur conclut avec un tiers une négociation, a-t-il toute son indépendance d'esprit? Est-il dans les conditions d'une impartialité absolue? Non. — Le droit de réquerir la taxe d'honoraires qui ont été convenus ou mêmes payés, a donné lieu à des débats passionnés. Ce droit est considéré par les magistrats comme étant d'ordre public et inaliénable. La question se complique, lorsque, à propos d'une vente aux enchères, il a été stipulé que l'adjudicataire paierait au notaire tant pour cent sur son prix. L'acheteur peut demander la taxe; mais n'est-ce pas le vendeur qui doit profiter de la réduction? Les frais de la vente pèsent sur les enchères; si la réduction avait été connue, les enchères se seraient élevées plus haut. M. Amiaud soutient que, dans tous les cas, la réduction résultant de la taxe doit profiter à la partie qui est débitrice des honoraires. Autrement la protection de la loi pourrait être rendue inefficace, celui qui a le droit de requérir la taxe, l'acheteur n'ayant pas d'intérêt à la faire appliquer.

En résumé les notaires trouveront dans cet ouvrage des règles de conduite sagement établies. Ces honorables fonctionnaires publics ont des privilèges qu'ils doivent défendre, des devoirs dont il importe qu'ils connaissent toute l'étendue. La dignité de la profession, l'autorité morale de ceux qui l'exercent s'accroîtra en raison de la scrupuleuse vigilance qu'ils apporteront, tout en sauvegardant les légitimes intérêts de leurs clients, à respecter toutes les prescriptions de la loi. MM. Rutgeerts et Amiaud auront bien mérité des notaires en construisant, avec une complète indépendance d'esprit, une théorie qui ne diminue ni aucune de leurs attributions ni aucune de leurs responsabilités.

J.-E. LABBÉ.

---

### PRÉCIS DE DROIT COMMERCIAL <sup>1</sup>

par MM. Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT,

professeurs à la Faculté de droit de Paris et à l'École des sciences politiques.

(T. 1<sup>er</sup> 3<sup>me</sup> Fascicule).

Compte rendu par M. Ch. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

Le troisième fascicule de l'ouvrage de MM. Lyon-Caen et Renault agite une foule de belles questions, non pas de ces questions traditionnelles, aussi vieilles que la science du droit et que les jurisconsultes se transmettent de générations en générations, mais des questions modernes et vivantes, jadis ignorées, nées des transformations économiques du siècle. Si ce fascicule devait avoir un titre spécial, nous l'intitulerions volontiers : La Banque et la Bourse. Elles remplissent en effet deux cents pages, avec trois théories seulement : Les chèques, les opérations de Banque et les opérations de Bourse. Les chèques et les opérations de Banque terminent le chapitre VI<sup>e</sup> de la 2<sup>e</sup> partie du livre, consacrée aux contrats commerciaux : La Bourse et les problèmes qu'elle engendre sont l'objet du chapitre VII.

Ce sont là des sujets d'un intérêt universel. La Banque et la Bourse sont de plus en plus les ressorts actifs des sociétés modernes. La fortune publique et les fortunes privées sont sous

<sup>1</sup> L'ouvrage sera complet en 2 volumes. Le second volume dont le 1<sup>er</sup> fascicule est paru, sera terminé vers le mois d'avril 1885. (Note de l'éditeur).

leur dépendance. — Les États, comme les particuliers, ont besoin de la Banque, et on peut dire que peu de patrimoines sont aujourd'hui à l'abri des fluctuations de la Bourse. Il est par conséquent difficile, même à un homme du monde, d'ignorer complètement ces grandes questions.

Pour les traiter, dans toute leur ampleur, des connaissances en droit et en jurisprudence ne suffisaient pas. Il fallait y joindre la science de l'économie politique, de la statistique et des législations étrangères. Ces parties du droit commercial sont en voie de formation ; elles subissent dans tous les pays des évolutions plus ou moins rapides ; et, d'autre part, on peut dire que la Banque et la Bourse sont cosmopolites. Il importe donc de pouvoir les suivre au delà des frontières qu'elles traversent dans leurs opérations.

MM. Lyon-Caen et Renault n'ont pas été au-dessous d'une tâche aussi difficile. La rapidité de leur publication surprendra même ceux qui considéreront la quantité énorme de documents de tout genre qu'ils ont dû amasser et utiliser.

Nous ne nous appesantirons pas sur la théorie des chèques qui fait suite à celle du billet à ordre et de la lettre de change. Le commentaire des deux lois de 1865 et de 1874, présenté du reste avec toute la clarté désirable, se termine par une intéressante comparaison entre le chèque et la lettre de change. Cette comparaison peut faire l'objet de quelques critiques, qui s'adressent, non pas au fond des idées, mais à la méthode suivant laquelle elles sont présentées.

Nos auteurs signalent dans un ordre qui nous a échappé une série de différences, se rattachant les unes au droit fiscal, les autres au droit commercial proprement dit. Nous aurions mieux aimé l'indication dès le début d'une grande différence de principe, d'où les autres seraient descendues. MM. Lyon-Caen et Renault nous disent eux-mêmes quelques pages plus haut que, tandis que la lettre de change est la réalisation d'un contrat de change, le chèque est un mode de recouvrement de fonds déposés et disponibles. Si les différences particulières eussent été ostensiblement rattachées à cette différence générale, ce qui était possible pour la plupart d'entre elles, le lecteur s'en serait mieux rendu compte et en aurait plus aisément gardé le souvenir. Peut-

être aussi n'eût-il pas été inutile de rappeler en quoi les deux titres se ressemblent. Ainsi la comparaison eût été complète. Notamment dans le cas présent, MM. Lyon-Caen et Renault admettent l'application pareille de la prescription quinquennale de l'art. 189 Co. à la lettre de change et au chèque. Bien que l'extension par analogie des prescriptions spéciales ne soit pas conforme aux règles de l'interprétation juridique, cette ressemblance ne saurait être mise en doute. La circulation des chèques que la loi désire voir plus rapide que celle des lettres de change et des billets à ordre ne doit pas laisser après elle de longues responsabilités. Il y aurait même en ce sens un argument à *fortiori* à tirer de l'art. 4, § 2 de la loi de 1865 qui étend aux chèques les règles du Code de commerce sur les droits et devoirs du porteur. Le législateur veut à coup sûr faire disparaître au plus tôt les traces de la circulation des chèques. D'autres ressemblances également remarquables auraient pu compléter le tableau : possibilité, en matière de chèques, de l'aval et de l'indication des besoins; application de l'art. 449 Co. etc.

Arrivés au terme de cette étude, les auteurs consacrent une ou deux pages aux récépissés. Leur système peut se résumer dans les propositions suivantes : Le porteur du récépissé est une sorte de mandataire, à l'exemple du porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre en vertu d'un endossement irrégulier. Par conséquent la provision ne lui appartient pas. Le signataire du récépissé peut faire défense au débiteur de se libérer aux mains du porteur. En cas de faillite de l'auteur du récépissé, le syndic peut intervenir dans le même but. De graves objections se présentent à l'esprit contre cet ensemble de solutions. Les usages commerciaux, l'analogie des récépissés avec les billets au porteur, dont ils semblent remplir les conditions essentielles, ont déterminé plusieurs jurisconsultes à reconnaître au porteur non la propriété de la provision (cette expression serait ici déplacée) mais, ce qui revient au même, la propriété de la créance à recevoir. Telle était du reste avant la loi du 14 juin 1865 la doctrine de l'école de Paris, ainsi que nous l'apprennent un article de M. Rataud (*Revue critique*, tome XXIV, p. 202) et une dissertation de M. Labbé, insérée au *Journal du Palais* (1864, p. 337).

MM. Lyon-Caen et Renault analysent et expliquent le fait accompli d'une toute autre manière. « Le reçu, disent-ils, d'après un député belge, M. Pirmez, dont ils reproduisent un fragment de discours, le reçu est un instrument qui donne à celui qui en est porteur le droit de toucher une somme, mais ce n'est pas un titre qui transmette à un porteur un droit quelconque sur cette somme..... Ce qui prouve bien que le créateur du reçu ne transmet pas la propriété de sa créance, c'est qu'il délivre lui-même la quittance en son nom. Or en cas de cession, ce n'est plus le cédant qui donne quittance au cédé, mais le cessionnaire. » Il semble que cette argumentation attache une importance bien grande aux mots et aux formes. Or nous sommes ici en matière commerciale plutôt qu'en matière civile (quoique le chèque puisse avoir les deux natures comme le billet à ordre), et le commerce aime peu les formalités. Ne pouvait-on pas, en acceptant l'idée du mandat admise par MM. Lyon-Caen et Renault, construire ici une théorie analogue à celle qui a prévalu en matière d'endossement irrégulier ? Le porteur serait présumé mandataire ; mais ce ne serait qu'une présomption et il lui serait toujours loisible de prouver qu'il est propriétaire de la créance qui fait l'objet du récépissé. On donnerait ainsi au législateur et à ses principes la satisfaction qui leur est due. Le récépissé qui n'est pas soumis aux charges des chèques n'en aurait pas, au moins *a priori*, les avantages, puisque la possession du titre ne conférerait au possesseur qu'un simple mandat. D'autre part, le commerce qui a l'habitude de mettre en circulation des quittances qu'il fait recouvrer tantôt par la poste, tantôt par le ministère des banquiers, pourrait garder une pratique qui est simple et raisonnable. Quoi qu'il en soit, les développements consacrés à cette théorie des récépissés seront lus avec grand intérêt.

Puisque MM. Lyon-Caen et Renault étaient en voie de faire des comparaisons, ils eussent pu s'appesantir sur le rapprochement du récépissé et du chèque proprement dit. On nous répondra peut-être que la littérature juridique ne doit pas abuser de ces procédés d'exposition renouvelés des anciens rhéteurs historiens qui se plaisaient à établir des parallèles entre les héros dont ils racontaient la vie. Les comparaisons que nous aimerions



sont moins factices. Elles permettent de résumer en peu de mots de longues explications. Grâce à elles, le lecteur peut jeter un dernier coup d'œil sur les matières qu'il vient de parcourir et s'en faire une idée plus nette. Ce secours à l'intelligence est surtout utile, quand les règles étudiées ont quelque nouveauté et n'ont pas encore été parfaitement élucidées par les auteurs et les arrêts.

Signalons en terminant comme un modèle d'exposition les huit ou dix pages où est racontée l'origine du chèque et indiquée la destination pratique qu'il a reçue à l'étranger et particulièrement en Angleterre. On saura gré aux auteurs d'avoir en passant quelque peu égayé la sévérité de cette étude, en citant un trait curieux des mœurs anglaises, qu'ils empruntent à M. Esquiros. Chez nos voisins d'Outre-Manche, un homme qui se respecte paie ses fournisseurs en chèques et jamais en monnaie. Nos auteurs mettent ici en pleine lumière la différence qui sépare le chèque anglais du chèque français. « Un chèque en Angleterre est toujours tiré sur un banquier... Ce n'est pas sans raison, dit M. Pouyer-Quertier, dans la discussion de la loi de 1874, car le chèque étant plutôt un moyen de paiement et un instrument de compensation qu'un instrument de circulation, il importe que le tiré inspire une confiance générale et soit l'une des personnes choisies ordinairement par les négociants, comme intermédiaire de leurs règlements. » La loi française, au contraire, (comme la loi belge de 1873) autorise le chèque sur toute personne détenant des fonds disponibles au crédit du tireur, quelle que soit du reste la cause de la disponibilité : vente d'immeubles ou de marchandises, dépôts de fonds, opérations de change ou d'escompte. C'est cette généralité d'application du chèque français qui a permis de l'utiliser, pour éviter l'emploi de la lettre de change. On peut encore à un autre point de vue critiquer la législation française ; pour que le chèque soit assimilé à l'argent et figure dans les paiements, comme en Angleterre, il importe qu'il soit émis sur une personne qui, de notoriété publique, paie sans cesse et à bureau ouvert. Les banquiers remplissent ces conditions et leur nombre est peu considérable. Le but du chèque est manqué si on admet la liberté complète de le tirer sur quiconque détient des fonds disponibles.

Aux chèques, succèdent les opérations de Banque. Une introduction historique et économique sur la Banque et les services qu'elle rend ouvre la section II du chapitre VI. Les auteurs abordent ensuite en détail les principales opérations : Ouverture de crédit, émissions de billets, comptes-courants.

Dans l'introduction, MM. Lyon-Caen et Renault rencontrent le problème de la liberté de l'intérêt et, à diverses reprises, ils nous font connaître leurs préférences pour la thèse de la liberté. Sans entrer dans le vif de cette controverse, qui est surtout du domaine de l'économie politique, ils ont soin d'indiquer les arguments qui militent, en faveur de l'abrogation de la loi de 1807. Ils montrent cette loi sans cesse méconnue par les tribunaux, sous l'empire de nécessités impérieuses; les banquiers percevant outre l'intérêt de leurs avances, des droits de commission qui ne sont que des suppléments d'intérêts; l'intérêt conventionnel affranchi de toute limitation légale, non seulement à l'étranger, mais même sur certains points du territoire français (Loi du 27 août 1881 sur l'Algérie); la Banque de France formellement autorisée par la loi à élever le taux de son escompte, c'est-à-dire de l'intérêt de ses avances et les banquiers tributaires de la Banque de France autorisés du même coup, sous peine de suspension de leurs opérations, à percevoir une commission transitoire dépassant le taux légal (n° 1394); enfin les émissions d'obligations à long terme permettant ouvertement aux capitalistes d'échapper à la loi de 1807 et la jurisprudence de la Cour suprême se résignant à ratifier toutes ces combinaisons, sous prétexte de prêts aléatoires. Nous voyons dans toutes ces occurrences une loi méprisée par les praticiens et qui, dans l'intérêt de la majesté du droit, ne saurait subsister. Justice est ainsi faite des théories soutenue à la tribune de la Chambre des députés par certains orateurs à qui les traditions tiennent lieu d'idées personnelles. Les quelques pages de MM. Lyon-Caen et Renault sur ce sujet sont la démonstration la plus active, la plus vivante de la nécessité de proclamer la liberté de l'intérêt, sinon en toute matière, au moins en matière commerciale. Le philosophe de l'antiquité prouvait le mouvement en marchant. Nos auteurs justifient l'abrogation indispensable de la loi de 1807 en mon-

trant que son application devient de plus en plus impossible.

C'est au sujet de l'intérêt de l'argent que doit être surtout fixé le criterium servant à distinguer le prêt civil du prêt commercial. Ce criterium gagnera encore en importance si le Parlement, par une transaction peu logique, n'accueille le principe de la liberté qu'en matière de commerce. MM. Lyon-Caen et Renault ont sur ce point une doctrine contraire à celle des arrêts : ils croient qu'un prêt a sa nature déterminée par la destination des sommes prêtées et qu'il est civil ou commercial suivant que les sommes doivent être employées à des opérations commerciales ou civiles. Aux yeux de la jurisprudence, la qualité du prêteur rejailit sur le prêt. Nous avouons nos préférences pour cette dernière théorie. Il est toujours relativement facile de définir la qualité d'un prêteur ou d'un emprunteur. Est-il également aisé de connaître le but d'un emprunt et la destination des deniers ?

Une théorie délicate, fruit des coutumes commerciales, le compte-courant, tient dans cette partie du livre une grande et large place. Nous ne relèverons, en ce qui la touche, qu'une théorie notable sur la nature de la condition d'encaissement, qui affecte les remises d'effets de commerce. Pour MM. Lyon-Caen et Renault la condition d'encaissement n'en est pas une. Lorsqu'il n'y a pas à l'échéance paiement de l'effet remis, il est par là même prouvé « qu'aucune valeur n'est entrée dans le patrimoine du récepteur. Le crédit n'a donc pas de cause, il est nul, comme le serait une obligation sans cause (1131, C. civ.) ; il peut être supprimé aussi bien que si l'effet remis était reconnu faux. On ne peut objecter à cette solution le silence des parties. On n'est jamais obligé de dire expressément qu'une opération sera nulle faute de cause. » La jurisprudence au contraire tendrait à admettre qu'il y a, dans ce cas, accomplissement d'une condition résolutoire tacite. Enfin quelques auteurs y voient une action en garantie de cessionnaire à cédant. Si nous signalons à l'attention l'opinion de MM. Lyon-Caen et Renault, c'est qu'elle conduit en pratique à des conséquences que les tribunaux ont plusieurs fois condamnées. D'après eux, le remettant, comme le récepteur, peut, en se prévalant du défaut d'encaissement, réclamer une contrepassation d'écritures. « Car les principes généraux du droit autorisent toute personne

intéressée, même celle par la faute de laquelle le défaut de cause existe, à s'en prévaloir. »

On nous permettra d'émettre quelques doutes sur cette théorie, au nom de ces mêmes principes généraux. Le défaut d'objet dans un acte juridique vient de ce que le *quid debetur* n'existe pas. Quel est l'objet de la remise en compte-courant ? C'est le titre de créance du remettant sur un tiers. La transmission de propriété qu'opère le compte-courant rend le récepteur propriétaire de la créance. Or, peut-on dire que le non paiement fasse que la créance n'ait jamais existé ? Non à coup sûr. Une cession de créance (abstraction faite de tout compte-courant) ne doit pas être considérée comme nulle, pour défaut d'objet, quand le cédé est insolvable. Pourquoi écarter ici ces principes de droit civil ?

La dernière grande théorie figurant dans ce 3<sup>e</sup> fascicule est celle des opérations de Bourse, qui est contenue dans le chapitre VII de la 2<sup>e</sup> partie. C'est, sans contredit, la plus actuelle. Son intérêt est trop évident, après les catastrophes financières des dernières années. Le chapitre commence par un exposé historique substantiel de l'origine de la Bourse. Les auteurs nous font connaître son organisation, les services qu'elle rend, le monopole des agents de change, son étendue et sa sanction. Le commentaire de l'art. 76 Co. appellera particulièrement l'attention. Il y a en effet discussion sur le point de savoir ce qu'il faut entendre par les mots : effets publics et autres susceptibles d'être cotés. La définition de ces termes est en même temps la délimitation du monopole des agents de change. Le tribunal de commerce de la Seine paraît n'admettre le monopole que pour la négociation des valeurs effectivement admises à la cote, à l'exclusion de celles qui, réunissant les conditions requises, pourraient avoir la cote, mais ne l'ont pas encore obtenue. MM. Lyon-Caen et Renault repoussent ce dernier tempérament et proclament la généralité du monopole. Aucune autre opinion, selon nous, n'est possible, devant le texte de l'art. 76 Co. Toutefois, il faut en reconnaître les inconvénients pratiques : les agents de change refusent, paraît-il, leur ministère pour les valeurs non encore admises à la cote. Par suite, les intéressés sont dans la nécessité de recourir à l'intermédiaire, illégal quoique toléré, des coulissiers. Les négociations

peuvent être efficaces, mais elles sont en principe viciées d'une nullité absolue. Nos auteurs ne voient à cette situation qu'un remède : ce serait l'intervention du législateur remaniant le texte de l'art. 76. Il y en aurait peut-être encore un autre : s'il est vrai que les agents de change ont un monopole pour la négociation des titres susceptibles d'être admis à la cote, mais ne l'ayant pas encore obtenue, leur ministère doit pour ces titres, comme pour les titres cotés, être obligatoire. Ils n'ont pas le droit de le refuser. Si seuls ils peuvent faire la négociation, par une juste réciprocité ils doivent la faire, lorsqu'on les en requiert.

Le monopole des agents de change a, du reste, été souvent attaqué. Un publiciste célèbre, M. Laboulaye, le condamnait même jadis en termes énergiques (*Le Parti libéral*, p. 27) : « A en juger par le prix auquel se vendent les charges, disait-il, le monopole des agents de change coûte à la place de Paris des sommes énormes. Que sont cependant les agents de change, sinon des courtiers de spéculation et de jeu ? Qui peut justifier ce privilège exorbitant dont ne profitent ni l'État, ni les citoyens ? » MM. Lyon-Caen et Renault, fidèles ici à leur méthode d'argumentation par les faits, montrent à propos de la caisse commune des agents de change, les services que peuvent rendre en ces matières le monopole et le régime corporatif. « La solidarité facultative rend service aux agents de change eux-mêmes, dont le monopole est ainsi mieux justifié ; elle est aussi fort utile au monde financier et commercial en général, car elle évite la faillite des agents de change et les contre-coups funestes de cette faillite pour les banquiers et les commerçants. » (n° 1518).

Les conditions d'admission des valeurs à la cote n'ont pas été fixées par la loi, mais par des règlements obligatoires pour le syndicat. Quelles responsabilités le syndicat peut-il encourir, soit en cas d'admission irrégulièrement prononcées, soit en cas d'admission arbitrairement refusée ?

Nos auteurs distinguent : l'admission à la cote, irrégulièrement prononcée, autorise une demande en dommages-intérêts. Le refus au contraire pourrait se produire impunément, parce qu'aucune société n'a de droit absolu à la cote. La première solution nous paraît incontestable ; il y a eu faute de la part du syndicat ;

il n'est pas étonnant dès lors qu'il soit responsable. La deuxième, au contraire, est plus douteuse. N'est-il pas à craindre que le syndicat, avec des pouvoirs aussi exorbitants, n'exerce à la fin sur le marché financier une domination tyrannique, un véritable droit de vie et de mort sur les sociétés naissantes ? En fait, on peut bien dire que l'admission à la cote est pour les valeurs l'ouverture du marché. Le marché n'est pas absolument libre, puisque des conditions sont à remplir, pour y avoir accès. Mais, quand ces conditions sont remplies, il semble bien rigoureux que le syndicat puisse avoir une liberté d'appréciation souveraine et déclarer certaines valeurs indignes d'y pénétrer.

La question des marchés à terme remplit les dernières pages du volume. Sur la validité de ces marchés, lorsqu'ils sont faits à découvert, MM. Lyon-Caen et Renault ont deux opinions : une opinion de juristes et une opinion d'économistes. Comme juristes, ils prononcent la nullité de ces marchés, dans l'état actuel du droit, et par suite, ils reconnaissent, si l'on veut leur maintien, la nécessité présente d'abroger les textes de l'ancien droit et du droit moderne d'où résulte cette nullité. Comme économistes, ils admettent au contraire ces opérations et les croient indispensables pour la réunion des capitaux des grandes entreprises.

Il était également intéressant de connaître l'opinion de nos auteurs sur l'exception de jeu, dont l'abolition est demandée par tant de publicistes. On sait en effet que M. Lyon-Caen a été le rapporteur de la commission extra-parlementaire, nommée en 1882, après les scandales financiers de ces dernières années. La commission, dont le rapport a été publié dans cette Revue, déclarait en principe valables les marchés à terme, mais elle ne proposait pas l'abrogation de l'art. 1965. Elle laissait au juge la faculté d'admettre l'exception de jeu, toutes les fois qu'il serait reconnu que l'acheteur n'avait pas le droit d'exiger la livraison, ni le vendeur de l'imposer. MM. Lyon-Caen et Renault paraissent disposés à abandonner l'opinion de la commission qui, du reste, n'innovait pas en fait, puisqu'elle se bornait à consacrer les résultats de la jurisprudence. Ils se rallieraient de préférence au principe qui a triomphé, devant la Chambre des députés sur la proposition

de M. Alfred Naquet. « Peut-être, disent-ils, serait-il plus simple et plus logique de supprimer complètement l'exception de jeu en abrogeant l'art. 1965, C. civ. ? Peut-être y aurait-il un moyen plus moral et plus énergique de réprimer la passion du jeu, dans la concession que dans le refus de l'action en justice pour l'exécution des jeux et paris ? » C'est la doctrine qu'a défendue ici même M. Alf. de Courcy dans un récent article.

Citons enfin, en terminant, deux questions se rattachant aux opérations de Bourse, sur lesquelles nous hésiterions à nous rallier au sentiment de MM. Lyon-Caen et Renault.

D'après la jurisprudence, l'intermédiaire qui veut agir contre son client à la suite d'opérations de Bourse doit fournir la preuve que ces opérations ont été accomplies régulièrement, c'est-à-dire par le ministère d'agents de change. Ce n'est pas au client, par conséquent, à démontrer l'irrégularité des opérations. Nos auteurs prétendent, au contraire (n° 1488), que l'allégation de l'irrégularité des opérations fait l'objet d'une exception; que par suite le fardeau de la preuve incombe à la partie. Nous ne saurions admettre cette argumentation. On ne peut, par cela seul qu'un banquier présente un compte d'opérations de Bourse, présumer que ces opérations se sont faites régulièrement. L'application des principes du mandat paraît ici tout à fait naturelle. Il n'est pas, au surplus, difficile à l'intermédiaire de satisfaire à l'obligation de preuve que la jurisprudence lui impose. N'a-t-il pas les bordereaux de l'agent de change? Qui l'empêche de les produire? (En ce sens : Thaller, *Rev. crit.*, 1883, p. 368).

Sur un autre point encore, nous nous écarterions de la manière de voir de MM. Lyon-Caen et Renault. Au n° 1524, ils reconnaissent qu'en règle générale, l'exception de jeu n'intéressant pas l'ordre public, ne peut pas être suppléée par le juge. C'est là un principe, selon nous, incontestable. L'exception de jeu soulève une question de conscience. Le joueur seul peut apprécier s'il lui convient d'être un malhonnête homme. Il n'appartient pas aux magistrats d'être de mauvaise foi pour le compte d'autrui. C'est ainsi, du reste, que le Code civil interdit au juge d'invoquer d'office le moyen tiré de la prescription (2223, C. civ.). Il ne doit donc pas prendre à son compte la responsabilité d'un moyen que

la probité condamne et que le plaideur rougit d'invoquer. On a vu cependant des décisions judiciaires ne reculant pas devant ce moyen. La jurisprudence paraît même se former en ce sens. Jusqu'ici, nous acceptons sans réserve la théorie de MM. Lyon-Caen et Renault.

Mais à cette théorie, ils apportent un grave tempérament qui, selon nous, la détruit. « Lorsque le jeu porte sur des effets publics, il constitue un délit réprimé par la loi pénale (421-422, C. c.) et alors le juge peut suppléer l'exception. » Nous disons que ce tempérament détruit le principe et voici comment : Qu'entend-on par effets publics ? MM. Lyon-Caen et Renault nous en donnent eux-mêmes la définition : « Les effets publics, disent-ils, sont les valeurs appelées souvent valeurs mobilières, c'est-à-dire les rentes sur les États français et les États étrangers, les obligations des villes ou des départements, et les obligations et actions des sociétés. » Les jeux de Bourse ne portent que sur ces titres. Il est rare, quoique pourtant l'hypothèse se soit présentée, qu'il y ait jeu à propos des variations de valeur de denrées, comme le blé. Par suite, dans la théorie de MM. Lyon-Caen et Renault, toujours il y aura délit, et toujours aussi, par exception à leur principe qui n'aura plus qu'une autorité platonique, les tribunaux pourront suppléer l'exception de jeu.

La sanction pénale dont un acte juridique est frappé ne prouve pas que cet acte soit nul. A plus forte raison, lorsque la nullité existe, cette sanction ne suffit pas pour lui imprimer le caractère de nullité d'ordre public. Ainsi les négociations d'actions de sociétés irrégulièrement constituées sont des délits et cependant la jurisprudence les déclare valables. M. Lyon-Caen lui-même se rallie au système de la validité. « On conçoit, dit-il, à propos de l'arrêt de Lyon du 23 janvier 1884, que le législateur, en beaucoup de cas, défende un acte, frappe d'une peine ceux qui, en le faisant, contreviennent à la prohibition de la loi et repousse cependant au point de vue privé la sanction de la nullité qui, par les conséquences diverses qu'elle entraîne, peut parfois ou compromettre des intérêts respectables, ou constituer une prime offerte à la mauvaises foi. » (Voir l'arrêt de Lyon du 23 janvier 1884 et la dissertation de M. Lyon-Caen, *Journal du Palais*, 1884, 1<sup>re</sup> partie,



page 316). Dans une note du Dalloz, M. L. Sarrut (D. 1884, II, page 153) se prononce dans le même sens : « Il est inexact, dit-il de soutenir que la sanction pénale attachée à un acte entraîne nécessairement la nullité de cet acte. La sanction pénale et la nullité civile se distinguent en effet par leur fondement et leur but. La sanction pénale a pour base l'intérêt social, elle tend à empêcher la perpétration de faits semblables par l'intimidation de la peine ; la nullité civile se rattache à l'intérêt des particuliers et elle tend uniquement à la réparation du préjudice éprouvé. » Ne pouvons-nous pas nous emparer de cette observation si juste et dire que la sanction des art. 421 et 422, C. Pénal, ne suffirait pas pour créer la nullité et qu'elle ne doit pas suffire non plus pour faire d'une nullité simple une nullité d'ordre public ?

Nous arrêterons ici ce compte rendu qui a déjà dépassé les bornes ordinaires. En résumé, ce 3<sup>me</sup> fascicule termine dignement le premier volume du traité. Peut-être même est-il plus riche encore que les précédents, en documents de toute sorte. Rien n'a été oublié. Toutes les difficultés de la Banque et de la Bourse ont trouvé leur place. Nous demanderons cependant la permission d'émettre un vœu qui pourrait recevoir satisfaction, dans le second volume. Les auteurs ne pourraient-ils diminuer le nombre et l'importance des notes, et en incorporer la substance dans le texte ? Les notes sont pour beaucoup de lecteurs des arrêts forcés qui brisent leur attention. On ne saurait nous objecter à ce propos que le texte contient l'ensemble des notions élémentaires, dont les notes seraient le développement. Ce n'est pas ici le cas. MM. Lyon-Caen et Renault se sont résignés au seul parti digne de leur autorité dans le monde juridique, en n'écrivant pas seulement pour préparer leurs lecteurs à subir des examens. Ils les supposent amis de la science. CH. TESTOUD.

### QUESTIONS NOUVELLES SUR LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES étudiées d'après la doctrine et la jurisprudence <sup>1</sup>.

Par M. Rodolphe ROUSSEAU.

Compte-rendu par M. Ch. LYON-CAEN, professeur à la Faculté de droit de Paris.

La loi du 24 juillet 1867, en supprimant l'autorisation préalable

<sup>1</sup> 1 vol. in-8° de 306 pages, Arth. Rousseau, éditeur.

pour les sociétés anonymes, a produit un effet considérable : le nombre de ces sociétés s'est accru dans des proportions énormes. En même temps aussi le nombre des questions litigieuses concernant les sociétés anonymes et même toutes les sociétés par actions, a subi une progression constante. Cette progression a été surtout remarquable à la suite des nombreux désastres financiers que la faillite de l'Union générale, au début de 1882, a entraînés avec elle. Des questions auxquelles la loi de 1867 n'avait pas donné jusqu'alors naissance et que les commentateurs les plus experts n'avaient pas même prévues, ont été portées devant les tribunaux. Tout à coup les traités les plus complets sur la matière ont cessé d'être au courant et l'on y a découvert des lacunes. M. R. Rousseau, déjà connu par ses importants ouvrages de procédure, a eu l'excellente pensée de consacrer un volume à l'examen des questions les plus notables et les plus récentes concernant les sociétés. Il prend ces questions dans la jurisprudence ; il cite les décisions judiciaires intervenues, les doctrines des auteurs qui les ont examinées et indique sa propre opinion. On peut ne pas être toujours de l'avis de l'auteur, mais il est impossible de méconnaître la netteté avec laquelle il pose les questions, l'impartialité avec laquelle il expose les arguments de ses adversaires qu'il cite parfois même textuellement et l'habileté de ses argumentations. Le livre de M. Rousseau est un complément très utile de tous les traités sur les sociétés par actions publiés jusqu'à ce jour.

CH. LYON-CAEN.

*Le Comité de la Revue vient de faire une grande perte dans la personne de M. FAUSTIN-HÉLIE, membre de l'Institut, vice-président du Conseil d'Etat, président honoraire à la Cour de cassation. Une notice paraîtra dans une de nos prochaines livraisons.*

---

*L'Editeur-Gérant : F. PICHON.*

---

Paris. — Impr. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot.

## EXAMEN DOCTRINAL

## DROIT INTERNATIONAL.

(Décisions de 1883),

Par M. L. RENAULT, professeur à la Faculté de Droit de Paris  
et à l'École libre des sciences politiques.

## ADOPTION. — FRANÇAIS A L'ÉTRANGER.

Un sieur Gramet, né à Paris de parents français, s'est établi en Belgique où il a été autorisé à fixer son domicile ; il a néanmoins conservé la nationalité française. En 1867, il a adopté en Belgique le sieur Parmentier de nationalité belge. Cette adoption doit-elle être considérée comme valable en France de manière à assurer à l'adopté le droit à la succession de l'adoptant (art. 350 C. civ.) ? Le tribunal civil de la Seine a, par jugement du 4 août 1883<sup>1</sup>, admis la négative. Les motifs de ce jugement peuvent se résumer ainsi : le sieur Gramet, quoique domicilié en Belgique, est resté Français et n'a pas, par conséquent, cessé d'être soumis pour son statut personnel au Code civil français ; le sieur Parmentier était Belge et n'avait en France la jouissance des droits civils ni en vertu d'un traité international, ni en vertu d'une autorisation gouvernementale (art. 11 et 13, C. civ.). D'après les art. 343 et suiv. C. civ., « l'adoption modifie l'état de deux personnes et établit entre elles des rapports purement civils qui n'existaient pas naturellement ; elle ne peut être admise, si l'une d'elles ne jouit pas des droits civils dont elle fait partie ; les obligations réciproques qui en résultent ne sont valablement contractées qu'avec le contrôle et la sanction discrétionnaire des tribunaux français. »

Le tribunal de la Seine a ainsi touché à plusieurs idées différentes qu'il est utile de dégager et d'apprécier. Il affirme

<sup>1</sup> *Journal du droit intern. privé*, 1884, p. 179.

d'abord que le Français, bien que domicilié à l'étranger, reste soumis à la loi française pour son statut personnel ; cela est juste et conforme à la disposition générale de l'art. 3, al. 3, C. civ. La loi nationale doit être préférée à la loi du domicile pour le règlement de l'état et de la capacité de la personne ; par identité de raison, il faudrait laisser soumis à sa loi nationale, l'étranger autorisé à établir son domicile en France, conformément à l'art. 13, C. civ. Le tribunal dit ensuite que l'adopté, étant Belge, n'avait pas en France la jouissance des droits civils d'où résultait qu'il ne pouvait être adopté par un Français ; cela est conforme à la jurisprudence antérieure<sup>1</sup>. Mais le tribunal ne se contente pas de cela, il ajoute que le contrôle des tribunaux français est nécessaire pour les obligations réciproques qui résultent de l'adoption. Cela est inutile à dire et cela est contestable. Si le sieur Parmentier avait été Français, au lieu d'être Belge, et si l'adoption était intervenue régulièrement en Belgique, pourquoi n'en reconnaîtrait-on pas les effets en France, si les conditions exigées par la loi française ont été observées ? Il ne s'agit pas d'un jugement rendu en matière contentieuse pour lequel il faudrait obtenir l'*exequatur* dans les termes des art. 2123, C. civ. et 546, C. pr.

L'intervention de la justice a pour but de donner plus de solennité à cet acte important et aussi de constater l'existence des conditions requises par la loi. Les intéressés peuvent toujours soutenir que telle ou telle condition faisait défaut ; mais il semble difficile d'admettre *a priori* que l'acte d'adoption ne produit aucun effet en France par cela seul qu'il n'a pas été soumis au contrôle des tribunaux français. Voilà ce qui me semble juste en théorie. Je ne conteste pas que l'idée énoncée par le tribunal de la Seine ne soit en harmonie avec la règle admise invariablement par notre jurisprudence et suivant laquelle les tribunaux français doivent s'abstenir de connaître des affaires intéressant l'état des étrangers ; ils renvoient ceux-ci à leurs tribunaux nationaux. Réciproquement ils veulent se réserver la connaissance des affaires de ce genre intéressant les Français, et alors ils sont portés à ne pas tenir compte des décisions étrangères qui ont pu intervenir à ce sujet.

<sup>1</sup> V. Examen doctrinal, *Revue critique*, 1882, p. 705.

## AGENT DIPLOMATIQUE. — IMMUNITÉ DE JURIDICTION.

Des travaux ont été exécutés par un entrepreneur dans une propriété appartenant à l'agent diplomatique de la République de Saint-Marin en France. Des difficultés s'étant élevées entre les parties pour le règlement de ces travaux, l'entrepreneur a assigné l'agent diplomatique devant le tribunal civil de Lyon qui a repoussé l'exception invoquée par le défendeur et s'est déclaré compétent. Mais la Cour de Lyon, par arrêt du 11 décembre 1883<sup>1</sup>, a infirmé et on peut s'étonner qu'un arrêt ait été nécessaire, tant la jurisprudence française est fixée à cet égard. Elle a toujours admis que les agents diplomatiques étaient affranchis de la juridiction du pays près duquel ils exercent leurs fonctions; elle l'a admis même dans un cas où on aurait pu avoir un doute au premier abord, dans celui où il s'agit d'un Français, représentant un État étranger près du gouvernement français (Paris, 30 juin 1876, *Sirey*, 1877, 2, 17). Les auteurs proposent en général la même solution: V. Pradier-Fodéré, *Cours de droit diplomatique*, II, p. 121 et suiv. Ce n'est pas que le seul texte législatif qui existe chez nous en cette matière soit bien probant<sup>2</sup>, mais il semble s'être formé une pratique générale en ce sens et on sait quelle est l'importance de l'usage dans tout ce qui touche aux rapports internationaux. Nous devons noter toutefois que l'immunité de juridiction des agents diplomatiques a été vivement critiquée par Laurent (*Droit civil international*, III, nos 74 et s.), qui consacre de grands développements à la question.

Les abus sont rares; cependant il s'élève des procès de temps à autre. Il serait à souhaiter que les pays qui entretiennent des relations diplomatiques régulières et qui ont un égal intérêt à la dignité et à l'indépendance de leurs représentants, s'entendissent pour régler leur situation d'une manière précise au point de vue de la juridiction locale. Nous ne connaissons pas de traités en

<sup>1</sup> *Journal du droit international privé*, 1884, p. 56.

<sup>2</sup> Décret de la Convention du 13 ventôse an II : « La Convention nationale interdit à toute autorité constituée d'attenter en aucune manière à la personne des envoyés des gouvernements étrangers; les réclamations qui pourraient s'élever contre eux seront portées au Comité de salut public, qui est seul compétent pour y faire droit. »

cette matière; les seules clauses conventionnelles qui soient relatives aux immunités diplomatiques, se bornent à dire que les parties contractantes conviennent d'accorder à leurs envoyés *les mêmes immunités et exemptions que celles dont jouissent ou jouiront dans l'avenir les agents de la nation la plus favorisée*, mais sans s'expliquer en aucune façon sur la nature de ces immunités ou exemptions.

CONTESTATION ENTRE ÉTRANGERS. — ACTION IMMOBILIÈRE.

Les tribunaux français, qui partent de l'idée qu'ils n'ont pas à connaître des procès entre étrangers, admettent cependant leur compétence dans un certain nombre de cas, notamment pour les actions immobilières ayant pour objet des immeubles situés sur le territoire français (V. Féraud-Giraud, *De la compétence des tribunaux français pour connaître des contestations entre étrangers*, § 3). Il faut qu'il s'agisse bien d'actions immobilières; une action n'a pas ce caractère par cela seul qu'elle serait née à l'occasion de la détention d'immeubles, alors que la question soulevée entre le demandeur et le défendeur ne touche ni à la propriété ni à la possession d'immeubles; c'est ce que la Cour de cassation a jugé le 10 janvier 1883 <sup>1</sup>. Dans l'espèce, un Italien demandait à d'autres Italiens des dommages-intérêts à raison de l'indue occupation de diverses parcelles de terrain pour la construction du tunnel du Mont-Cenis; cette occupation avait cessé bien avant l'instance engagée. Le demandeur n'intentait donc pas une action réelle, mais une action personnelle qui était naturellement de la compétence des tribunaux du domicile du défendeur. Cela est certainement bien jugé, quelle que soit l'opinion que l'on ait sur le point de départ de notre jurisprudence en cette matière. Nous croyons très fermement qu'il est erroné et que l'extranéité des parties n'est pas un motif suffisant d'incompétence; nous ne disons pas pour cela que les tribunaux français seront toujours compétents pour les contestations entre étrangers, nous disons seulement qu'ils seront compétents dans les mêmes conditions que si le procès était entre Français; nous appliquerons purement et simplement l'art. 59, C. proc. V. surtout

<sup>1</sup> *Dalloz*, 1883, 1. 460.

en ce sens la brochure de M. Glasson, *De la compétence des tribunaux français entre étrangers*. Dans l'espèce, le défendeur étranger étant domicilié hors de France, il était tout naturel qu'un tribunal français ne pût pas connaître d'une action personnelle dirigée contre lui.

## CRIME COMMIS EN FRANCE. — FAUX.

Holden, commissionnaire à Londres, a tiré de cette ville des lettres de change sur lesquelles il a apposé de fausses acceptations de tirés imaginaires; il les a transmises à un correspondant de Limoges qui les a négociées à son banquier. Holden, arrêté en France, prétendait qu'il n'était pas justiciable des tribunaux français parce que, sujet britannique, il avait commis en Angleterre le fait qui lui était reproché. Son système a été rejeté par la Cour de cassation le 24 février 1883<sup>1</sup>. La Cour admet bien que le fait de faux n'est pas de la compétence des tribunaux français, mais à ce fait s'est joint l'usage de pièces fausses qui constitue également un crime; cet usage a eu lieu en France et Holden s'est rendu complice de ce crime en fournissant les moyens de le commettre<sup>2</sup>.

## DIVORCE PRONONCÉ A L'ÉTRANGER. — EFFET EN FRANCE.

Une Française a épousé un Belge le 21 septembre 1878. Le tribunal civil de Charleroi a, par jugement du 12 août 1882, admis le divorce entre les époux, et le divorce a été prononcé par l'officier de l'état civil de Chimay le 7 février 1883. La femme divorcée avait un grand nombre d'obligations du chemin de fer d'Orléans, elle a voulu en opérer le transfert. La compagnie s'y est refusée alléguant que le divorce n'était pas admis par la législation française, et que dans tous les cas le jugement qui le prononçait n'avait pas été rendu exécutoire en France. Ces deux objections ont été avec raison écartées par le tribunal civil de la Seine dans son jugement du 30 août 1883 (*La Loi* des 12-13 novembre 1883). La jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens que, malgré l'abolition du divorce par la loi du 8 mai 1816,

<sup>1</sup> *Journal du droit intern. privé*, 1883, p. 162 et *Dalloz*, 1884, 1. 93.

<sup>2</sup> Cf. Examen doctrinal, *Revue critique*, 1883, p. 710.

tout divorce régulièrement prononcé à l'étranger ne doit pas être considéré comme non avenu en France : sans doute, si le divorce avait été prononcé entre des Français contrairement à leur statut personnel, il ne faudrait pas en tenir compte <sup>1</sup>. Mais, dans l'espèce, il s'agit d'un divorce entre étrangers, puisque la femme française était devenue belge par son mariage, et ce divorce a été régulièrement admis par le tribunal de leur pays <sup>2</sup>. On objectait une clause spéciale du contrat de mariage ainsi conçue : « ils (les futurs époux) entendent se soumettre, tant pour la réglementation de leur union et de ses suites, que pour le présent contrat, à la loi française et aux tribunaux français qui seront seuls compétents pour toutes les questions relatives au mariage et contrat. » D'après le tribunal, cette clause règle uniquement le régime adopté pour base de leur union *quant aux biens* ; il ne me paraît pas certain que l'intention des parties ait été aussi restrictive, attendu que les termes de la clause sont bien généraux et parlent aussi bien du *mariage* que du *contrat*. Peu importe du reste ; la clause n'aurait aucune valeur en tant qu'elle s'appliquerait à l'union elle-même et aux conséquences qu'elle entraîne quant aux personnes, parce que la volonté des parties est impuissante à les modifier. Une Française qui épouse un étranger devient nécessairement étrangère ; elle ne peut par une déclaration d'intention conserver la nationalité française, cela ne fait aucun doute. Elle ne peut davantage stipuler qu'elle continuera à être régie par la loi française quant à son statut personnel, ce qui équivaldrait à peu près à la conservation de sa nationalité d'origine.

L'autre objection tirée de ce que le jugement de divorce n'avait pas été rendu exécutoire en France n'était pas mieux fondée. Il convient d'abord de remarquer que ce n'est pas le jugement qui *prononce* le divorce, il ne fait que *l'autoriser* ; c'est l'officier de l'état civil qui prononce le divorce (art. 264, C. civ.) ; la femme divorcée invoquait donc un acte de l'état civil et non un jugement. Dans tous les cas, il ne s'agissait pas de procéder à des mesures d'exécution dans les termes de l'art. 546, C. pr. civ.,

<sup>1</sup> Examen doctrinal, *Revue critique*, 1883, p. 711.

<sup>2</sup> Examen doctrinal, *Revue critique*, 1881, p. 470 et suiv.



mais simplement de constater la qualité de la femme. Plusieurs fois les tribunaux ont admis que les jugements constatant l'état et la capacité des étrangers étaient de plein droit applicables en France comme le serait la loi en vertu de laquelle ils ont été rendus <sup>1</sup>.

## ÉTRANGER. — EXPULSION. — QUESTION PRÉJUDICIELLE.

Le sieur Gillebert, né en France de parents belges, a été l'objet d'un arrêté d'expulsion rendu par le ministre de l'intérieur en vertu de l'art. 7 de la loi du 5 décembre 1849. Il s'est soustrait à l'exécution de cet arrêté et il a été poursuivi devant le tribunal correctionnel par application de l'art. 8 de la même loi qui punit ce fait de l'emprisonnement d'un à six mois. Devant la juridiction correctionnelle, le sieur Gillebert a soutenu qu'il était français et que, par suite, l'arrêté d'expulsion n'avait aucune valeur. La Cour de Paris a sur ce point donné, par son arrêt du 11 juin 1883 <sup>2</sup>, une solution d'un grand intérêt pratique. Elle admet d'abord, conformément à une jurisprudence constante, que, dans le cas de poursuite à fins pénales pour infraction à une décision administrative, tout tribunal est juge de la légalité de la mesure qu'il est appelé à sanctionner. Dans l'espèce, il s'agit d'un arrêté du ministre de l'intérieur, qui aux termes de la loi, ne peut être valablement pris que contre *un étranger*, et le ministère public requiert une peine contre celui qui s'est soustrait à cet arrêté : la qualité d'étranger est un des éléments constitutifs du délit et le ministère public doit en faire la preuve. De plus, c'est la juridiction répressive elle-même qui doit trancher la question de nationalité, en vertu du principe que le juge de l'action est le juge de l'exception, sauf exception comme dans le cas de l'art. 182, C. for., et ici il n'y a aucune dérogation.

Je regarde cette décision comme fort exacte et se défendant d'elle-même ; on peut seulement exprimer le regret que l'individu contre lequel est prise cette mesure grave de l'expulsion et qui prétend être français, n'ait pas d'autre moyen à sa disposition

<sup>1</sup> Examen doctrinal, *Revue critique*, 1883, p. 733-735.

<sup>2</sup> *Sirey*, 1883. 2. 177.

que de se faire arrêter de manière à porter la question devant le tribunal de répression. V. ce que dit à ce sujet M. Cogordan, *La Nationalité*, p. 395.

EXTRADITION. -- EFFET LIMITÉ. — DROIT DE L'EXTRADÉ.

Delbès a été livré, sur l'ordre du gouvernement espagnol, à l'autorité française à la suite d'une demande d'extradition et sur le vu de deux mandats d'arrêt relevant contre lui, l'un le crime de faux en écriture de commerce, l'autre des faits d'escroquerie. Traduit devant la Cour d'assises pour y répondre du crime de faux, il a été acquitté. Il a été alors poursuivi en police correctionnelle à raison des faits d'escroquerie. Sur son allégation que son extradition n'avait été accordée qu'à raison du crime de faux, la Cour d'Agen a sursis à l'examen du fond et a ordonné que dans le délai d'un mois, à la diligence du ministère public, « justification sera faite par toute pièce ou avis émané de l'autorité compétente, de l'application de l'acte d'extradition aux délits d'escroquerie imputés à Delbès. » Cette décision a été avec raison cassée par arrêt du 30 août 1883<sup>1</sup>, mais on peut s'étonner que la Cour de cassation n'ait pas formulé plus nettement la règle à suivre en pareil cas. Voici comment elle s'exprime : « Attendu, en principe, que l'extradé ne doit être jugé « contradictoirement qu'à raison des faits criminels ou délictueux « pour lesquels son extradition a été accordée, mais qu'en admettant qu'il puisse exciper lui-même des restrictions ou réserves contenues dans l'acte d'extradition, il y a lieu de reconnaître que l'exercice de cette faculté ne trouvait aucune application dans l'espèce de l'arrêt attaqué. » Et l'arrêt explique qu'il résultait des circonstances que l'extradition ayant eu lieu sans réserve et sur le vu des deux mandats d'arrêt, les juridictions françaises avaient incontestablement le droit de juger Delbès pour les différents faits qui lui étaient reprochés. Ainsi la Cour suprême semble indiquer que la Cour d'Agen s'est trompée en appréciant mal les faits de la cause. Je crois que cette Cour s'est trompée plus gravement en s'attribuant un droit qui ne lui appartenait pas. Après certaines hésitations, la jurisprudence est

<sup>1</sup> *Dalloz*, 1884. 1. 384.

fixée en ce sens que d'une part l'autorité judiciaire ne peut exiger la production de l'acte d'extradition, surseoir à statuer jusqu'à ce que telle explication lui ait été fournie, prononcer la nullité de l'extradition pour violation des formes prescrites, et que d'autre part, l'extradé ne saurait critiquer l'extradition, en demander la nullité au fond ou en la forme. V. l'exposé et la justification de cette jurisprudence dans le *Traité de l'extradition* de M. Billot, p. 321 et suiv., 355 et suiv. Cette jurisprudence<sup>1</sup> me semble conforme au caractère qu'a conservé jusqu'ici l'extradition dans notre droit; elle peut être pratiquée en l'absence de tout traité et rien ne restreint le pouvoir du gouvernement; c'est un acte purement gouvernemental. Quand un délinquant est livré à la France par les autorités étrangères, il a bien pu intervenir certaines stipulations entre les deux gouvernements, ces stipulations les lient, c'est à eux à les faire observer; rien n'autorise les tribunaux ou l'extradé à intervenir. Voir un point de vue tout autre dans l'ouvrage le plus récent sur la matière, *Traité théorique et pratique de l'extradition* par P. Bernard, II, p. 525 et suiv.

Si je critique l'arrêt de la Cour de cassation, c'est parce que je crois que le système qu'il paraît admettre n'est pas conforme à l'esprit de notre législation actuelle. Mais je suis loin de méconnaître les inconvénients et les dangers de la pratique telle qu'elle est exposée par M. Billot. Sans vouloir comme certains auteurs, comme M. Bernard notamment qui a développé cette thèse avec beaucoup de conviction et de talent, faire de l'extradition un acte purement judiciaire qui échapperait tout à fait à la diplomatie, je crois qu'il faut donner le plus de garanties possibles à l'individu. Des règles étant tracées par la loi ou le traité international, il est naturel que la justice en surveille l'observation et que l'intéressé puisse réclamer cette observation. C'est ce que fait le projet de loi sur l'extradition voté par le

<sup>1</sup> Elle est encore confirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 2 août 1883 (*Dalloz*, 1884, 1. 139) où il est dit expressément que le prévenu n'a aucun titre pour réclamer contre l'extradition, qu'il n'appartient pas à l'autorité judiciaire d'apprécier les conditions dans lesquelles les traités d'extradition reçoivent leur exécution.

Sénat le 4 avril 1879 et qu'il serait si désirable de voir transformer en loi. Ce projet trace les règles à suivre par le gouvernement français qu'il s'agisse d'accorder ou d'*obtenir* une extradition, et l'art. 5 dit : « L'extradition obtenue par le gouvernement français est nulle si elle est intervenue contrairement aux dispositions de la présente loi. La nullité est prononcée par les tribunaux saisis de la prévention ou de l'accusation. »

— Au sujet de l'effet limité de l'extradition, je mentionnerai un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 23 février 1883<sup>1</sup>. Un individu avait été livré à la justice française pour répondre à l'accusation d'avoir introduit et émis en France des monnaies d'or et d'argent *non démonétisées*. Cf. art. 133, C. pén. La question posée au jury parlait de *monnaies étrangères ayant cours légal en Turquie et en Egypte*. Il allait de soi que la réserve mise à l'extradition était pleinement respectée, les deux expressions que nous avons soulignées étant synonymes.

EXTRADITION. — EMPRISONNEMENT SUBI A L'ÉTRANGER.

Un individu avait été condamné à trois mois d'emprisonnement par arrêt de la Cour de Paris du 27 mars 1882. Il s'était soustrait par la fuite à l'exécution de cette condamnation, mais il fut arrêté en Belgique, le 29 mars 1883, à la requête du gouvernement français qui avait demandé son extradition; le jour même de son arrestation, il déclara par écrit consentir à être immédiatement remis à l'autorité française. Dans ces circonstances, quel devait être le point de départ de la durée de la peine? Le condamné prétendait que ce devait être le jour même de son arrestation en Belgique par application de l'art. 23, C. pén. « La loi a voulu, disait-il, que, quel que fût le lieu où un condamné serait privé de sa liberté en vertu d'une condamnation, sa détention comptât dans le calcul de la durée de la peine. » Par suite des traités d'extradition, l'arrestation et l'emprisonnement ont lieu à l'étranger en vertu de sentences rendues par les tribunaux français comme s'ils avaient lieu en France même. Le ministère

<sup>1</sup> Dalloz, 1883. 1. 486.

public prétendait que la peine n'avait pu courir que de l'écrou du condamné dans une prison française; on répondait au nom du condamné que l'écrou est bien une formalité ordonnée dans l'intérêt de la liberté individuelle, mais qu'aucun texte ne dit que la peine courra seulement à partir de l'écrou. La Cour de Paris, par arrêt du 28 juin 1883 <sup>1</sup>, a décidé qu'il n'y avait pas à tenir compte du temps passé dans les prisons d'un autre pays, la peine de l'emprisonnement dont parle l'art. 40, C. pén., ne pouvant être subie que dans une prison française. Nous croyons que c'est bien jugé, mais il est permis d'ajouter : *dura lex*. La loi belge du 17 avril 1878 contient une disposition ainsi conçue ; « Toute détention subie à l'étranger par suite de l'infraction qui donne lieu à la condamnation en Belgique, sera imputée sur la durée des peines emportant privation de la liberté. »

FAILLITE. — FRANÇAIS ÉTABLI A L'ÉTRANGER. — COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX FRANÇAIS.

Un Français était établi à Montevideo pour y faire le commerce; il a fait avec un négociant de Paris des opérations commerciales pour lesquelles il a été condamné par le tribunal de commerce de la Seine à payer une somme de 22,000 francs environ. Le jugement étant passé en force de chose jugée et n'ayant pas été exécuté, le tribunal de commerce de la Seine a déclaré la faillite du débiteur. Celui-ci a prétendu que le tribunal compétent pour déclarer la faillite est celui du lieu où est l'établissement commercial du failli, que le tribunal de la Seine était incompétent puisqu'il n'y avait jamais eu dans son ressort ou en France d'établissement commercial.

La Cour de Paris, par arrêt du 2 août 1883 <sup>2</sup>, a maintenu la déclaration de faillite par les motifs suivants : le Français peut être poursuivi en France pour des obligations par lui contractées en pays étranger (art. 15, C. civ.). La loi sur la faillite est une loi de police et en même temps une loi qui affecte l'état de la personne, dérive en conséquence du statut personnel. La poursuite en déclaration de faillite est la conséquence juridique et normale de la poursuite en condamnation.

<sup>1</sup> *Strey*, 1883: 2. 177.

<sup>2</sup> *Journal du droit intern. privé*, 1883, p. 630.

Ce raisonnement me paraît des plus contestables et je ne suis pas sûr que les divers motifs concordent bien. D'après le dernier, il semblerait que par cela seul qu'un tribunal est compétent pour constater l'existence d'une dette et prononcer une condamnation de ce chef, il est compétent pour déclarer le débiteur en faillite. Je ne sais quel est le texte que l'on peut invoquer à l'appui d'une pareille règle. Il en résulterait qu'un étranger pourrait être déclaré en faillite par un tribunal français, bien qu'il n'eût jamais mis le pied en France, qu'il n'y eût aucun établissement de commerce, qu'il n'y eût même jamais fait aucune opération, par cela seul qu'il aurait contracté dans son pays avec un Français. Celui-ci pourrait le poursuivre à raison de ce contrat devant un tribunal français conformément à l'art. 14, C. civ., et alors, d'après le raisonnement de la Cour de Paris, ce tribunal français, par une conséquence juridique et normale, pourrait être saisi d'une demande en déclaration de faillite. N'est-ce pas inadmissible à tous les points de vue? Cf. Bertauld, *Questions pratiques de Code Napoléon*, p. 160. J'ajoute que les deux caractères assignés par la Cour à la loi sur les faillites doivent faire écarter cette solution; l'étranger qui ne réside pas en France ne peut être soumis à cette loi qui, comme loi de police, ne régit que ceux qui sont sur le territoire français (art. 3, al. 1, C. civ.) et comme loi dérivant du statut personnel, ne régit que les Français (art. 3, al. 3, C. civ.).

Il faut donc abandonner cette idée que les tribunaux français pourraient prononcer une déclaration de faillite par cela seul qu'ils seraient compétents pour condamner à l'exécution d'une obligation. Reste l'autre idée d'après laquelle la loi sur les faillites tenant au statut personnel régirait naturellement les Français même en pays étranger. Elle nous paraît excessive, et rien pour nous ne motive cette attribution extraordinaire conférée à un tribunal français dans le ressort duquel aucune opération commerciale n'a été faite et qui va prononcer la faillite d'un individu qui faisait le commerce à Montevideo. N'est-ce pas une décision un peu vaine? Quelles mesures prendra le syndic? A quelles formalités procédera-t-il alors que le failli avait à l'étranger son domicile commercial et n'avait pas même une succursale en France?

FAUSSE MONNAIE. — FABRICATION A L'ÉTRANGER. — BELGIQUE. — ÉCHELLES DU LEVANT.

Un sieur Briard, français, a fabriqué en Belgique : 1<sup>o</sup> des pièces de 5 fr. à l'effigie de Louis-Philippe I<sup>er</sup>, roi des Français ; 2<sup>o</sup> des pièces de 5 fr. à l'effigie de Léopold II, roi des Belges. Arrêté en France, il est renvoyé devant la Chambre des mises en accusation de la Cour de Douai ; cette Chambre, par un arrêt en date du 5 juillet 1883<sup>1</sup>, décide qu'il n'y a pas lieu à suivre du chef de fabrication à l'étranger de monnaies étrangères n'ayant pas cours légal en France, ce fait n'étant pas réprimé par notre Code pénal. Le Procureur général, contre les réquisitions duquel l'arrêt avait été rendu, s'est pourvu devant la Cour de Cassation, mais la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi par arrêt du 9 août 1883<sup>2</sup>.

A mon avis, la solution n'était pas douteuse ; elle résultait des termes mêmes des art. 132 et 133, C. pén. En effet, le premier punit *quiconque aura contrefait ou altéré des monnaies d'or ou d'argent ayant cours légal en France*, tandis que l'article 133 punit *tout individu qui aura, EN FRANCE, contrefait ou altéré des monnaies étrangères*. L'opposition est bien marquée. Quand il s'agit de la contrefaçon de monnaies ayant cours légal en France, peu importe le lieu de fabrication ; le fait est considéré comme également grave dans tous les cas et par suite est sévèrement puni. Quand il s'agit, au contraire, de monnaies étrangères, la contrefaçon est punie seulement quand elle a eu lieu en France. Le ministère public faisait valoir que, dans l'espèce, il s'agissait de monnaies belges et il invoquait les conventions de 1865 et de 1878 qui ont constitué une union monétaire entre la France et la Belgique. Mais c'était insuffisant, puisque les conventions dont il s'agit ont bien établi des conditions identiques de fabrication pour les monnaies d'or ou d'argent des Etats contractants et décidé que les gouvernements de ces Etats admettront sans distinction dans leurs caisses publiques leurs monnaies respectives, mais elles n'ont nullement admis le cours légal récipro-

<sup>1</sup> *Journal du droit international privé*, 1883, p. 617.

<sup>2</sup> *Journal du droit international privé*, 1884, p. 186.

que, ainsi que je l'ai déjà expliqué <sup>1</sup>. Les monnaies belges n'ayant pas cours légal en France, le fait de leur contrefaçon en Belgique ne tombe donc pas sous l'application de nos articles 132 et 133. Si nous approuvons la décision intervenue dans l'espèce, nous n'en trouvons pas moins déplorable le résultat pratique qui est une impunité scandaleuse. S'il n'y a pas un cours légal, il y a un cours de fait : de plus, pour le gouvernement français, il y a obligation de recevoir les monnaies belges dans ses caisses. Les particuliers et le gouvernement sont exposés à recevoir des monnaies belges contrefaites ; la contrefaçon de ces monnaies, commise en Belgique, est donc non seulement un fait immoral en lui-même, mais un fait dangereux pour nous et dont nous avons, par suite, grand intérêt à assurer la répression. Il y a là une lacune singulière de notre législation <sup>2</sup> qu'il serait nécessaire de combler au plus tôt. Le renouvellement prochain de l'*Union monétaire latine* en fournirait une occasion toute naturelle. On pourrait procéder de deux manières : l'Union serait rendue plus étroite en ce sens que, comme conséquence naturelle de l'identité des conditions de fabrication, les monnaies des Etats contractants auraient cours légal dans tout le territoire de l'Union ; il n'y aurait pas alors à modifier le texte même du Code pénal, puisque les monnaies de l'Union rentreraient dans les termes de l'art. 132. Si on ne veut pas admettre cela, il faudrait compléter les termes de ce dernier article et, après avoir mentionné les monnaies ayant cours légal en France, ajouter *les monnaies des pays avec lesquels la France est à l'état d'Union monétaire*, ou toute autre formule analogue <sup>3</sup>.

La Chambre des mises en accusation de la Cour d'Aix a, par arrêt du 17 novembre 1883 <sup>4</sup>, déclaré que les tribunaux français étaient compétents pour juger un Français accusé d'avoir fabriqué

<sup>1</sup> Examen doctrinal, *Revue critique* 1883, p. 737.

<sup>2</sup> Je l'ai déjà signalée dans une brochure publiée en 1880 où j'ai étudié *quelques lois récentes concernant la répression des délits commis hors du territoire*, p. 9 et 10.

<sup>3</sup> V. les observations de M. Lardy, délégué de la Suisse à la conférence monétaire de 1878 (*Procès-verbaux*, p. 110-112).

<sup>4</sup> *Journal du droit international privé*, 1884, p. 287. Un pourvoi a été formé contre cet arrêt, mais il a été rejeté par la Cour de cassation le 5 janvier 1884, *Dalloz*. 1884. 1. 432.



au Caire des monnaies égyptiennes. Il n'y a aucune contradiction entre cette décision et celle qui vient d'être approuvée. La Cour d'Aix a appliqué la loi du 28 mai 1836 *sur la poursuite et le jugement des contraventions, délits et crimes commis par les Français dans les Echelles du Levant et de la Barbarie*, dont l'art. 75, al. 1, est ainsi conçu : « Les contraventions, les délits et les crimes « commis par des Français dans les échelles du Levant et de « Barbarie seront punis des peines portées par les lois fran- « çaises. » Cette disposition doit être entendue en ce sens que pour les faits commis par eux dans ces pays, les Français sont censés être en France ; cela est nécessaire, puisque nous voulons les soustraire à la juridiction locale. Autrement on arriverait à des résultats monstrueux. Le Français qui a contrefait des monnaies belges en Belgique, était au moins exposé à être arrêté par les autorités belges ou extradé à ces autorités s'il avait été trouvé dans un pays autre que la France. Si la loi française ne s'était pas appliquée au Français qui avait contrefait les monnaies égyptiennes en Egypte, ce Français aurait joui de l'impunité en Egypte même, puisque les autorités locales ne sont pas compétentes pour le juger.

#### MARIAGE DE FRANÇAIS A L'ÉTRANGER.

Le sieur Bonné s'est marié en Angleterre avec la demoiselle d'Aussaguel ; ils sont français l'un et l'autre. Le sieur Bonné demande la nullité de son mariage et invoque une série de cause de nullité. Le tribunal civil de la Seine a repoussé sa prétention par jugement du 21 juin 1883<sup>1</sup> ; je ne relève que quelques-uns des moyens allégués par le demandeur.

Il faut d'abord faire justice de celui qui était tiré de ce que l'acte de mariage n'avait pas été transcrit en France conformément à l'art. 171, C. civ. Le jugement fait remarquer que cet article ne prononce ni nullité ni déchéance pour le cas où la transcription ne serait pas opérée dans le délai indiqué ; cette transcription peut se faire après led. délai et même après le décès de l'un des époux. Le jugement ajoute : « Si les tiers peuvent « se prévaloir du défaut de transcription, il ne saurait être op- « posé par l'un des époux à l'autre. » Ce considérant est mal-

<sup>1</sup> *Journal du droit international privé*, 1884, p. 67.

heureux parce qu'il suppose que les tiers peuvent se prévaloir du défaut de transcription ; le tribunal admettrait-il que les tiers peuvent tenir le mariage pour non avenu par cela même que la transcription de l'acte de célébration n'a pas été faite dans les trois mois du retour en France ou jusqu'à ce que la transcription ait été faite ? Ce serait bien singulier ; on peut cependant citer d'anciens arrêts ayant admis que l'hypothèque légale de la femme ne peut être invoquée par elle qu'autant que l'art. 171 a été observé. Mais depuis longtemps il est généralement reconnu qu'il s'agit d'une simple mesure d'ordre prescrite dans l'intérêt des époux eux-mêmes auxquels elle a pour but de fournir une preuve de la célébration de leur mariage. La transcription ordonnée par la loi ne se conçoit pas comme mesure de publicité, soit à raison de sa nature même, soit à raison surtout du point de départ du délai dans lequel elle doit être opérée. Cf. Demolombe, III, n° 229 ; Laurent, *Principes de droit civil*, III, n° 34.

Le demandeur prétendait aussi que le mariage devait être annulé comme ayant eu lieu en violation des lois anglaises relativement à la compétence des officiers ayant procédé à la célébration et aussi à la publicité. Le jugement repousse ce moyen pour deux motifs. L'irrégularité alléguée n'est pas démontrée ; dans tous les cas, cette irrégularité aurait été couverte par la possession d'état incontestable qui a suivi le mariage. La défenderesse peut invoquer l'art. 196, C. civ. : « La disposition de cet « article est générale et absolue et s'applique aux mariages con-  
« tractés à l'étranger comme à ceux contractés en France. » Sur ce point, le tribunal de la Seine s'est conformé à une jurisprudence constante, V. notamment, Cass. req. 26 juillet 1865, *Dalloz*, 1865, 1, 493 ; mais cette jurisprudence me paraît contestable et je veux indiquer en quelques mots l'interprétation de l'art. 196 que je considère comme exacte.

On peut invoquer pour des causes diverses la nullité d'un mariage célébré à l'étranger et il y a à tenir compte, suivant les cas, soit de la loi étrangère, soit de la loi française, pour déterminer : 1° s'il y a nullité, 2° le caractère de la nullité, 3° si la nullité a pu être couverte. Appliquons cette idée générale.

D'après l'art. 170, le Français qui se marie à l'étranger, doit n'avoir pas contrevenu aux dispositions du chapitre I<sup>er</sup> du titre du mariage. Les tribunaux français n'auraient à tenir compte que de la loi française pour l'âge, le consentement des parties et des parents, l'absence de parenté, etc. ; ils ne consulteraient que cette loi pour savoir si une nullité a été encourue et si cette nullité a pu être couverte.

Quand il s'agit de la forme, au contraire, l'art. 170 renvoie purement et simplement à la loi du pays où le mariage a eu lieu. En conséquence, cette loi me semble compétente pour déterminer quelles formalités doivent être accomplies (des officiers publics, civils ou religieux doivent-ils intervenir et quels officiers ?) et en même temps quelle est la sanction du défaut d'accomplissement de ces formalités ; c'est cette loi étrangère qui peut apprécier l'importance respective des diverses prescriptions qu'elle édicte, et, par suite, les sanctions que comportent ces prescriptions. Je crois donc que l'art. 196 ne doit en aucune façon être appliqué aux mariages célébrés à l'étranger en tant qu'on soulève une question relative à la régularité de la célébration d'après la loi étrangère.

Même pour un mariage célébré à l'étranger, je tiendrais compte de l'art. 196 si on alléguait l'irrégularité résultant de ce que des publications n'ont pas été faites en France contrairement à l'exigence de l'art. 170. Ici il s'agit d'une prescription de la loi française, d'une formalité devant s'accomplir en France ; la loi française est naturellement compétente pour déterminer la sanction, et la fin de non recevoir de l'art. 196 peut être invoquée du moment qu'on admet qu'elle s'applique aux irrégularités de la célébration (incompétence ou clandestinité). Pour cette hypothèse, Cf. arr. de Paris, 24 avril 1874, *Dalloz*, 1875, 2, 9 et *Sirey* 1875, 2, 49. — Sur les diverses questions soulevées par l'art. 196, je ne puis mieux faire que de renvoyer à un excellent article de M. Gérardin, *Revue pratique*, 1866, t. XXI.

#### MINEUR ÉTRANGER. — CAPACITÉ.

Un sieur Hartog, marchand colporteur, avait souscrit divers billets à des négociants de Paris à raison de fournitures de mar-

chandises faites en 1877, 1878 et 1879. Il n'a pas payé ces billets et il en a demandé la nullité en se fondant sur ce qu'étant Hollandais, il n'avait atteint sa majorité qu'à 23 ans, c'est-à-dire à une date postérieure à l'époque où il avait souscrit les billets en question. Le tribunal de commerce de la Seine, par jugement du 4 mai 1882, a admis cette prétention et prononcé la nullité des obligations souscrites par le sieur Hartog alors qu'il était encore mineur d'après la loi de son pays. La Cour de Paris a infirmé par arrêt du 8 février 1883<sup>1</sup>; elle constate que les négociants auxquels ont été souscrits les billets ont toujours cru traiter avec un citoyen majeur et maître de ses droits. S'il est vrai qu'Hartog n'ait été majeur qu'à 23 ans, « il est constant qu'en dissimulant « son extranéité à ceux avec lesquels il était en relations conti-  
« nuelles d'affaires, il les a, tout le premier, induits en erreur; « ils n'ont point commis de faute ou d'imprudencé qui leur soit  
« imputable; la règle du statut personnel ne saurait, sans péril,  
« être appliquée sans tempérament au regard des étrangers rési-  
« dant passagèrement en France, et y contractant avec des com-  
« merçants français. » Je reconnais volontiers que la Cour de Paris n'a fait ici que se conformer à une jurisprudence qu'on peut dire constante (V. notamment, Ch. req. 16 janvier 1861, *Dalloz*, 1861, 1, 193) et qui est approuvée par des auteurs considérables : Valette sur Proudhon, *Traité des personnes*, t. I, p. 86; Demolombe, t. I, n° 98. Je n'en considère pas moins cette opinion comme étant tout-à-fait arbitraire et sans aucun fondement juridique : mais la question est trop connue pour qu'il soit besoin d'insister, Cf. Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, n°s 84 et 85, et *Droit civil international*, t. II, n°s 48 et suiv. Il est seulement assez curieux que dans l'espèce, le tribunal de commerce ait appliqué le statut personnel de l'étranger et n'ait pas tenu compte de ces circonstances de fait qui très vraisemblablement ont été invoquées devant lui, tandis que la Cour d'appel a été sensible à ces circonstances, spécialement à l'intérêt du commerce. J'ajoute qu'il ne semble pas y avoir eu les éléments d'un dol caractérisé; puisque l'arrêt dit simplement que l'obligé *avait dissimulé son extranéité*. S'était-il contenté de ne pas l'annoncer?

<sup>1</sup> *Dalloz*, 1884. 2. 24 et *Sirey*, 1883. 2. 169.

Avait-il, au contraire, menti ? Avait-il même eu recours à des manœuvres pour faire croire qu'il était français ? Nous l'ignorons ; bien entendu, dans ce dernier cas, il aurait été non recevable à se prévaloir de sa minorité, art. 1310 C. civ.

NAISSANCE EN FRANCE. — EFFET POUR LA NATIONALITÉ. — DÉCLARATION A LA MAJORITÉ. — LOI ÉTRANGÈRE.

Le sieur Genthner est né à Paris le 6 février 1856 d'un père autrichien ; il s'est présenté le 28 décembre 1880 devant l'officier de l'état civil de son arrondissement pour y faire la déclaration prescrite par l'art. 9, C. civ., et réclamer la qualité de Français. Sa déclaration a été reçue et il a été inscrit sur les listes du recrutement ; sur sa demande et en vertu de l'art. 9 de la loi du 27 juillet 1872, il a été versé dans la classe de 1876 à laquelle il appartient par son âge, c'est-à-dire qu'il a été placé dans la réserve de l'armée active sans avoir fait de service actif proprement dit. C'est cette dernière circonstance qui explique l'intervention du ministre de la guerre ; celui-ci a assigné le sieur Genthner devant le tribunal civil de la Seine pour voir déclarer la nullité de la déclaration faite par lui devant l'officier de l'état civil le 28 décembre 1880 ; suivant le ministre, cette déclaration était tardive, puisque, lorsqu'il la faisait, le sieur Genthner était dans sa 25<sup>e</sup> année, alors que l'art. 9 exige qu'elle intervienne *dans l'année de la majorité*, ce qui doit s'entendre de la majorité fixée par la loi française ; c'est donc dans sa 22<sup>e</sup> année que le sieur Genthner aurait dû réclamer la qualité de Français.

A cette demande du ministre de la guerre, le sieur Genthner a d'abord opposé une fin de non recevoir tirée du défaut de qualité ; suivant lui, le ministère public seul pouvait intenter une pareille action. Cette fin de non recevoir, sur laquelle je n'insisterai pas, a été écartée et devait l'être ; le ministre de la guerre avait un intérêt évident à provoquer une décision qui influait sur la composition de l'armée ; il voulait faire rayer des cadres de l'armée un individu qui suivant lui y avait été inscrit à tort ; c'était au premier chef un intérêt militaire qui était en jeu, et il était naturel que le ministre de la guerre le fit valoir.

Au fond, le sieur Genthner disait que sa déclaration était ré-

gûlièrement intervenue attendu qu'il était autrichien de naissance et que la loi autrichienne fixait la majorité à 24 ans ; il n'avait pu faire sa déclaration que quand il était devenu capable d'après la loi qui le régissait alors, c'est-à-dire après sa majorité. Cette argumentation a été admise par le jugement du tribunal civil de la Seine du 1<sup>er</sup> décembre 1883<sup>1</sup> dont nous allons résumer les motifs. D'après le sens grammatical de l'art. 9, C. civ., la majorité qu'il vise est celle qui est fixée par la loi personnelle du réclamant, la seule qui lui soit propre et non pas celle qui est déterminée par la loi française, laquelle ne pourra régir son état et sa capacité que quand il sera devenu définitivement français. Si les rédacteurs du Code civil avaient voulu s'attacher à l'âge de 21 ans, ils l'auraient dit expressément comme l'avait fait l'art. 3 de la constitution du 22 frimaire an VIII pour les étrangers qui voulaient se faire naturaliser en France. Il n'y a pas à invoquer non plus la fiction qui attribue un effet rétroactif à l'acquisition de la nationalité française dans le cas de l'art. 9, puisqu'il s'agit non pas de déterminer un effet de la déclaration régulièrement intervenue, mais de savoir si cette déclaration a pu être faite. La solution qui se réfère à la majorité fixée par la loi étrangère n'est pas seulement conforme au texte ; elle est rationnelle en elle-même, puisque le délai accordé à une personne pour prendre un parti aussi grave ne peut courir que du moment où cette personne peut devenir capable de se décider elle-même. La loi du 7 février 1851 déclare français de plein droit tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, *telle qu'elle est fixée par la loi française*, il ne réclame la qualité d'étranger. Le législateur a voulu éviter toute équivoque ; dans l'hypothèse, il s'agit d'un individu qui est français de naissance ; il est naturel que ce soit la loi française qui fixe l'époque de sa majorité à partir de laquelle il aura un délai pour réclamer une nationalité étrangère.

Ce jugement mérite d'être remarqué ; c'est la première décision judiciaire que nous connaissions sur la question, et nous l'approuvons pleinement. V. dans le même sens, Valette, *Précis*

<sup>1</sup> *Journal du droit international privé*, 1884, p. 395 et suiv.

de droit civil, I, p. 48; Demolombe, I, n° 165; en sens contraire, Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> édit., I, § 70, note 1.

Il est curieux de noter que la jurisprudence belge semble fixée en ce sens que l'art. 9 se réfère à la majorité fixée par la loi française. V. notamment un arrêt de la Cour de cassation du 8 avril 1878, *Pasicrisie*, 1878, 1, 398 et *Sirey*, 1879, 2, 265.

NAISSANCE EN FRANCE. — LOI DU 7 FÉVRIER 1851. — TRAITÉS DE 1814 ET DE 1815.

Le sieur Gillebert est né en France en 1839, de parents belges; son père était né en 1799 sur un territoire qui était alors incorporé à la France et qui en a été séparé par le traité de Paris du 30 mai 1814. Dans ces conditions, le sieur Gillebert a prétendu qu'il devait être considéré comme Français de naissance par application de l'art. 1 de la loi du 7 février 1851; *il était né en France* d'un père qui lui-même y était né. La Cour de Paris, par arrêt du 11 juin 1883<sup>1</sup>, a rejeté cette prétention dans les termes suivants: « Au point de vue des droits individuels conférés à chacun par le lieu de sa naissance, les provinces belges annexées à la France à la fin du dernier siècle et séparées d'elle en 1814 sont réputées n'avoir jamais été françaises; leurs habitants nés pendant la période de réunion sont, par l'effet d'une sorte de *postliminium*, devenus étrangers d'une manière absolue sans pouvoir être rangés dans la catégorie spéciale des étrangers qui sont nés en France; les faveurs et les charges résultant de la loi de 1851 ne s'appliquent qu'aux enfants nés en France de parents étrangers nés eux-mêmes dans les pays restés français. » Cette dernière phrase est trop générale; on peut adopter la solution donnée par la Cour de Paris pour les territoires belges et ne pas l'étendre à tous les cas; ainsi nous n'hésiterions pas à appliquer la loi de 1851 à l'enfant né en France d'un père né en Alsace avant le moment où la souveraineté de ce pays a été acquise par l'Allemagne; le père est réellement *né en France*, et on ajoute à la loi de 1851 en exigeant que le lieu de naissance du père fasse partie de la France lors de la ma-

<sup>1</sup> C'est celui qui a déjà été analysé plus haut (p. 711) à un autre point de vue, v<sup>o</sup> *Etranger, Expulsion, Question préjudicielle*.

rité de l'enfant. Si pour la Belgique, la question ne se présente pas de la même manière, c'est qu'incontestablement la rétrocession de la Belgique en 1814 et la cession de l'Alsace en 1871 n'ont pas le même caractère. Personne n'a eu l'idée de faire tenir pour non avenue la réunion de l'Alsace à la France et de déclarer que le pays séparé devait être considéré comme n'ayant jamais été français. Au contraire, il semble bien que le point de vue des négociateurs des traités de 1814 et de 1815 était tout autre. Ils voulaient anéantir dans la mesure du possible la période de la Révolution et de l'Empire ; la réunion qui avait eu lieu en fait était non avenue en droit. La loi du 14 octobre 1814 a été manifestement inspirée par cette idée à laquelle nous paraît se conformer la Cour de Paris dans l'arrêt dont nous avons reproduit les principaux considérants ; cet arrêt ne fait, du reste, que confirmer une jurisprudence antérieure (V. notamment Paris, 29 juillet 1872, *Dalloz*, 1872. 2. 223) ; la pratique de la chancellerie, croyons-nous, était aussi en ce sens.

La Cour de cassation, par un arrêt du 7 décembre 1883<sup>1</sup>, a cassé l'arrêt de la Cour de Paris du 11 juin 1883. « Né dans un « pays qui était, au moment de sa naissance, un territoire fran- « çais, le père de Gillebert doit être considéré, dans les termes « généraux des lois précitées<sup>2</sup>, comme né en France. Si la loi du « 14 octobre 1814 n'a accordé aux habitants des provinces sépa- « rées de la France par le traité du 30 avril précédent, qu'une « naturalisation de faveur, et si elle leur a imposé une partie des « formalités prescrites pour la naturalisation des étrangers, il « n'est pas nécessaire, pour expliquer ces dispositions, de re- « courir à une fiction d'après laquelle ces provinces seraient « réputées n'avoir jamais été françaises ; il suffit d'admettre que « leurs habitants avaient, aux yeux des rédacteurs de la loi du « 14 octobre 1814, perdu leur qualité de Français, par l'effet « même du traité antérieur de démembrement. » V. en ce sens, Ch. req., 9 juillet 1814, *Rép. Dalloz*, v<sup>o</sup> *Droits civils*, n<sup>o</sup> 595.

Cette solution est certainement favorable ; les fictions ne doivent pas être facilement admises, et il est certain qu'il est cho-

<sup>1</sup> *Dalloz*, 1884. 1. 209.

<sup>2</sup> Lois du 7 février 1851 et du 16 décembre 1874.



quant de vouloir considérer comme non avenue une réunion qui de fait a duré vingt ans, qui a été consacrée par des traités. Mais était-il plus singulier de voir le souverain de la France s'appeler *Louis XVIII* alors qu'il n'y avait eu aucun roi du nom de *Louis XVII*, et parler en 1814 de la dix-neuvième année de son règne? J'incline à croire que la loi de 1814 ne se comprend bien que dans le système de la fiction du *postliminium* appliquée aux provinces séparées, et l'explication qu'essaie d'en donner l'arrêt de cassation ne me paraît pas claire.

NAVIRE ÉTRANGER. — INSAISSABILITÉ.

D'après l'art. 215, C. com., le bâtiment prêt à faire voile n'est pas saisissable. Cette disposition ne s'applique-t-elle qu'aux navires français, ou doit-elle être étendue même aux navires étrangers ancrés dans nos ports? La question s'est présentée devant la Cour d'Aix qui, par arrêt du 28 novembre 1883<sup>1</sup>, l'a tranchée dans ce dernier sens : « L'article 215... n'édicte pas une immunité au profit de la marine française ; il consacre une règle prise dans l'intérêt de la navigation ; il est général et s'applique aux navires étrangers comme aux nationaux. » Nous ne connaissons pas de précédent judiciaire, mais la question a été agitée par tous les auteurs qui ont traité du droit maritime ; la plupart émettent une opinion conforme à cette solution, V. notamment : Dufour, *Droit maritime*, n° 846 ; Desjardins, *Traité de droit commercial maritime*, I, n° 226 ; Demangeat, *Traité de droit commercial*, IV, p. 110 ; Boistel, *Précis de droit commercial*, n° 1170. Les motifs peuvent ne pas sembler décisifs ; on invoque la généralité des termes de l'article, mais les dispositions du Code de commerce ne mentionnent pas la nationalité des navires auxquels elles s'appliquent ; est-ce à dire qu'on les étendra dans tous les cas aux navires étrangers? On ajoute que l'intérêt des chargeurs est probablement un intérêt français et que, du reste, l'intérêt de la France est de ne pas repousser les navires étrangers en leur faisant un sort plus dur qu'aux Français. On peut répondre que ce sont là de simples considérations de fait de nature à influencer plutôt sur le législateur que sur le jurisconsulte.

<sup>1</sup> *Journal du dr. intern. privé*, 1884, p. 69.

On dit qu'il ne faut pas faire aux navires étrangers un sort plus dur qu'aux Français ; on aurait pu se demander s'il était raisonnable de faire aux navires étrangers en France un sort plus favorable que s'ils étaient dans leur pays. La condition juridique des navires doit-elle être régie par la loi du pays dont ils portent le pavillon ou, au hasard des circonstances, par la loi du pays où ils se trouveront ? Voilà comme il faut poser la question générale qui a été discutée avec soin par M. Ch. Lyon-Caen dans ses *Etudes de droit international privé maritime* ; V. sur le point spécial que nous venons d'examiner, p. 22, n° 26. Il fait remarquer avec raison que l'intérêt de la controverse est ici plus théorique que pratique, attendu que dans la plupart des législations, il y a une disposition analogue à celle de notre art. 215.

PREScription EXTINCTIVE. — LOI APPLICABLE. — OBLIGATION SOUSCRITE PAR DES FRANÇAIS À L'ÉTRANGER.

Plusieurs membres de la famille Vorbe, habitant San-Francisco, souscrivirent dans cette ville le 1<sup>er</sup> avril 1860 un billet de 6,000 dollars à l'ordre de leur parent Casimir Vorbe qui allait rentrer en France, ledit billet payable dans le délai d'un an ; tous les contractants étaient français. Les intérêts furent régulièrement payés ; en 1882, Casimir Vorbe réclama le capital à plusieurs des souscripteurs qui étaient en France ; ceux-ci opposèrent divers moyens, je ne relève que celui de la prescription. Ils soutinrent que l'obligation devait être régie par la loi du pays où elle avait été contractée ; or, suivant le statut californien, toute action basée sur un contrat ou billet se trouve prescrite dans un délai de quatre années à partir de l'échéance, à moins que le créancier ne produise un nouveau titre ou une reconnaissance écrite de la dette ; le paiement des intérêts est insuffisant pour interrompre la prescription. La Cour de Besançon a, par arrêt du 11 janvier 1883 <sup>1</sup>, déclaré mal fondée l'exception de prescription ; elle fait valoir à l'appui de la décision deux ordres de considérations. 1<sup>o</sup> Le billet souscrit à San-Francisco doit être régi par la loi

<sup>1</sup> *Dalloz*, 1883, 2, 212 ; *Journal du droit international privé*, 1883, p. 153.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre cet arrêt, ch. req. 19 mai 1884, *Dalloz*, 1884. 1. 286.

française attendu que toutes les parties étaient françaises et que les circonstances de la cause permettent de présumer que leur intention était bien de se soumettre aux lois de leur pays; ils avaient conservé l'esprit de retour, le créancier était au moment de revenir en France et plusieurs des débiteurs y sont revenus quelques années plus tard. 2° Au surplus, la prescription extinctive d'une obligation personnelle est régie par la loi du domicile du débiteur, puisque c'est une exception qu'il est facultatif à celui-ci d'invoquer; or, les défendeurs sont domiciliés en France. De toute façon, c'est donc la loi française qui est applicable, c'est-à-dire l'art. 189, C. com.; la prescription a été interrompue par le paiement des intérêts et cinq ans ne se sont pas écoulés depuis le dernier paiement.

Les deux ordres de considérations qu'invoque la Cour de Besançon conduisent dans l'espèce au même résultat; mais il est facile de comprendre qu'il aurait pu ne pas en être ainsi. Les circonstances auraient pu être telles que l'intention des parties de soumettre leur contrat à la loi Californienne eût été très vraisemblable; néanmoins la Cour aurait appliqué la loi française par cela seul que les débiteurs poursuivis auraient été domiciliés en France. On touche ici du doigt un inconvénient grave de la solution de l'arrêt; la volonté du débiteur joue un rôle prédominant dans la question, puisqu'il dépend de lui de changer de domicile. J'ai déjà eu occasion de dire qu'à mon avis la loi compétente par régler la prescription libératoire est la loi qui régit l'obligation elle-même <sup>1</sup>. Quelle était cette loi dans l'espèce? Je crois que c'était la loi française, parce que toutes les circonstances indiquaient que l'intention des contractants était de se soumettre à cette loi <sup>2</sup>; j'approuve donc la solution, tout en écartant l'argument qui pour la Cour était décisif.

RÉGIME MATRIMONIAL. — FRANÇAIS A L'ÉTRANGER. — ÉCHELLES DU LEVANT.

Le sieur Barakat, Syrien d'origine, est devenu français; il est allé se fixer au Caire et s'y est marié en 1872 avec une sujette

<sup>1</sup> Examen doctrinal, *Revue critique*, 1882, p. 732 et suiv. V. en ce sens Asser et Rivier, *Éléments du droit international privé*, § 38.

<sup>2</sup> Asser et Rivier, *op. cit.*, § 34.

ottomane; le domicile matrimonial a été établi au Caire et y est resté fixé jusqu'à la mort du sieur Barakat. Aucun contrat de mariage n'avait été dressé et la liquidation des droits de la veuve a soulevé naturellement la question de savoir quel avait été le régime matrimonial des époux. Le tribunal consulaire du Caire, par un jugement du 17 mars 1882, et la Cour d'Aix, par un arrêt du 22 février 1883 <sup>1</sup>, ont décidé qu'il n'y avait pas à appliquer l'art. 1393, C. civ., d'après lequel la communauté légale est le régime des époux qui n'ont pas fait de contrat, qu'il fallait rechercher d'après les circonstances quelle avait été l'intention des parties. Or, le sieur Barakat, Syrien d'origine, appartenait à la religion grecque catholique; il a épousé au Caire une femme appartenant à la même religion; le mariage s'est fait devant un prêtre de cette religion. Leur législation religieuse se confondait avec leur législation civile et ils s'y sont toujours conformés. Les circonstances démontrent donc que leur intention était de faire régir leurs intérêts pécuniaires par cette législation et non par la législation française.

Cette décision ne fait que l'application d'une doctrine généralement acceptée par la jurisprudence et que j'ai déjà eu occasion de relever <sup>2</sup>; mais il y a aussi dans l'espèce une circonstance particulière qu'il est intéressant de noter. Les Français, dont on voulait déterminer le régime matrimonial, n'étaient pas dans un pays étranger quelconque, mais en Égypte, dans une province de l'Empire Ottoman où les étrangers ont une situation exceptionnelle. Ils sont à bien des points de vue soustraits à l'autorité locale, de telle sorte qu'on est allé jusqu'à dire qu'ils jouissaient de *l'exterritorialité*. Tirant parti de cela dans l'espèce, on disait : Les Français dans les échelles du Levant doivent être considérés comme si en fait ils habitaient la France, et les lois françaises doivent leur être applicables de la même manière. C'est donc l'art. 1393, C. civ., qui régit l'union de ceux qui se marient en Égypte sans faire de contrat. Le tribunal du Caire et la Cour d'Aix ont avec raison repoussé cet argument qui prouve l'inconvénient des fictions qu'on introduit souvent avec trop de

<sup>1</sup> *Journal du droit intern. privé*, 1883, p. 171.

<sup>2</sup> Examen doctrinal, *Revue critique*, 1883, p. 729.

facilité dans la langue du droit. En disant que les Français en Orient jouissent du bénéfice de l'exterritorialité, on exprime d'une façon saisissante ce que leur situation a d'anormal et l'atteinte qui est portée à la souveraineté territoriale, mais on commet en même temps une grave exagération. Nulle part il n'est dit d'une façon absolue que les Français seront traités comme s'ils résidaient en France; on comprend que cela soit admis lorsqu'il s'agit de la loi pénale, dans la mesure où l'autorité locale n'est pas compétente (V. plus haut, p. 719), mais en dehors de cela, la prétendue fiction n'a aucune raison d'être. Quelle utilité y aurait-il à ne pas tenir compte de la réalité des faits? La Cour de cassation a statué en ce sens par un arrêt du 18 avril 1865 (*Dalloz*, 1865, 1, 312) au sujet de la forme du contrat de mariage: on prétendait que, par suite de cette prétendue fiction d'exterritorialité, l'art. 1394, C. civ., s'imposait aux Français établis en Turquie; la Cour a décidé, au contraire, qu'un Français avait pu faire son contrat de mariage par acte sous seing privé conformément à la règle *locus regit actum*.

SOCIÉTÉ ANONYME ÉTRANGÈRE. — SUCCURSALE EN FRANCE. — ASSIGNATION.

La Banque impériale ottomane a son siège social à Constantinople et des succursales en divers pays. Un négociant de Marseille, prétendant avoir éprouvé un préjudice considérable par suite d'une faute du directeur de la succursale d'Andrinople, assigna la Banque devant le tribunal de son propre domicile en se prévalant de l'art. 14, C. civ. La Banque ne déclina pas la compétence des tribunaux français d'une manière générale, mais soutint qu'elle aurait dû être assignée devant le tribunal de la Seine, puisqu'elle avait une succursale à Paris. Sa prétention a été rejetée par le tribunal de commerce de Marseille et par la Cour d'Aix, arr. du 16 janvier 1883<sup>1</sup>. Voici en substance le raisonnement de la Cour. L'art. 14, C. civ., ne désignant pas le tribunal français qui pourra être saisi, il faut appliquer les règles générales suivant lesquelles l'action est portée selon les cas devant le tribunal du domicile de l'étranger, s'il en a un en France, ou devant le tribunal de sa résidence, ou devant le tribu-

<sup>1</sup> *Dalloz*, 1884. 2. 79 et *Sirey*, 1884. 2. 180.

nal spécialement compétent d'après la nature de l'action, ou enfin, à défaut de ces divers tribunaux, devant le tribunal du domicile du demandeur. C'est cette dernière solution qu'il faut admettre ici puisqu'il s'agit d'une action en dommages-intérêts pour laquelle aucun tribunal n'a une compétence spéciale, que la Banque ottomane est domiciliée à Constantinople et que la succursale de Paris ne saurait être assimilée à une résidence. C'est sur ce dernier point seul qu'il convient d'insister. La Cour, après avoir dit que, si l'établissement d'une agence crée pour elle une sorte de domicile spécial attributif de juridiction aux tribunaux du lieu où elle existe, c'est seulement pour les affaires nées du fonctionnement de l'agence, ajoute que pour un être moral il ne peut y avoir de résidence distincte du domicile. Je crois en effet qu'il n'y a pas à invoquer la jurisprudence qui s'est établie au sujet des succursales ou agences de certaines sociétés, spécialement des compagnies de chemin de fer; c'est moins pour les compagnies que contre elles que cette jurisprudence a décidé qu'elles pouvaient être traduites devant les tribunaux des lieux où fonctionnaient des agences d'une certaine importance. Mais, sur l'autre point, je ne saurais approuver la décision de la Cour et je trouve que c'est interpréter les textes d'une façon bien étroite que d'écarter l'idée de résidence. L'art. 14, C. civ., est extrêmement rigoureux; n'en aggravons pas encore inutilement la rigueur. La Banque ottomane pouvait être traduite devant un tribunal français, bien qu'il s'agit d'une obligation à la charge d'un de ses employés d'Andrinople, c'est incontestable. Mais n'était-il pas naturel que le demandeur la poursuivît devant le tribunal français dans l'arrondissement duquel elle avait un établissement, une agence? Quoi qu'en dise l'arrêt, il y a là quelque chose de tout-à-fait analogue à ce qu'est une résidence pour un particulier; c'est un établissement n'ayant ni la fixité, ni la durée, ni l'importance nécessaires pour constituer un domicile. Bien qu'on mit en cause les actes de l'agence d'Andrinople et non ceux de l'agence de Paris, la Banque ottomane avait intérêt à plaider à Paris où elle avait des bureaux, une représentation permanente plutôt qu'à Marseille. Cet intérêt était légitime: la Cour d'Aix, en en tenant compte, se serait conformée à l'esprit de la loi.

## SURSIS PRONONCÉ PAR UN TRIBUNAL SUISSE. — EFFET EN FRANCE.

Le traité franco-suisse du 15 juin 1869 contient plusieurs dispositions (art. 6-10), qui ont pour but d'étendre aux rapports des deux pays le principe de l'unité de la faillite admis sans difficulté dans un territoire soumis à la même souveraineté <sup>1</sup>. Les jugements rendus dans un des deux pays pour déclarer la faillite, homologuer un concordat, doivent être acceptés dans l'autre.

Il existe à Genève une loi du 2 décembre 1880 sur les *sursis concordataires* <sup>2</sup>, en vertu de laquelle « tout négociant, empêché « de satisfaire à ses engagements, peut, pour éviter la déclaration « de faillite, demander au tribunal de commerce un sursis aux « fins de proposer à ses créanciers un concordat » art. 1<sup>er</sup>. Si le tribunal accorde le sursis, toutes poursuites et mesures d'exécution contre le débiteur sont en principe suspendues (art. 3). Le débiteur qui a obtenu un jugement de ce genre, peut-il s'en prévaloir en France? Le tribunal de commerce de Lyon a, le 4 mai 1883 <sup>3</sup>, admis l'affirmative en disant d'une façon très sommaire que la loi genevoise de 1880 n'était qu'une série de dispositions nouvelles ajoutées à la loi générale sur les faillites, dont les principales règles restent entières. » Très vraisemblablement le tribunal a entendu dire que ce jugement devait être traité de la même manière qu'un jugement déclaratif de faillite; si d'après le traité franco-suisse, un jugement déclaratif rendu par un tribunal suisse doit produire ses effets en France, il en doit être de même d'un jugement de sursis qui rentre dans le même ordre d'idées et pourvoit à la même situation; que la faillite soit ou non déclarée, un commerçant ayant cessé ses paiements, il y a lieu d'organiser une procédure d'ensemble là où était le siège des affaires du commerçant, et cette procédure doit produire ses effets dans les deux pays. Au contraire, le tribunal civil de la Seine a, par jugement du 21 novembre 1883 <sup>4</sup>, refusé de déclarer exécutoire un jugement de ce genre. Suivant le tribunal, ce jugement déroge en des points essentiels aux dispositions que le Code de

<sup>1</sup> Cf. Examen doctrinal, *Revue critique*, 1883, p. 714 et suiv.

<sup>2</sup> *Annuaire de législation étrangère*, 1881, p. 469 et suiv.

<sup>3</sup> *Journal des faillites*, 1883, p. 543.

<sup>4</sup> *Journal du droit international privé*, 1883, p. 620.

commerce français a édictées en matière de faillite dans l'intérêt des créanciers ; en effet, si le jugement dont il s'agit était déclaré exécutoire en France, les créanciers français du débiteur ne pourraient plus, bien qu'il eût cessé ses paiements, le poursuivre ni le faire déclarer en faillite ; leur imposer de pareilles conséquences serait les priver des garanties que leur donne la loi française.

La question peut paraître délicate, mais les motifs donnés par le tribunal de la Seine ne sont pas satisfaisants. Il ne suffisait pas en effet d'affirmer que les dispositions de la loi genevoise de 1880 et du jugement rendu en conséquence sont en désaccord avec les dispositions de notre Code de commerce ; il fallait rechercher si le jugement de sursis rentrait ou non dans les prévisions du traité du 15 juin 1869, si on pouvait ou non l'assimiler au jugement de déclaration de faillite. Je crois que l'affirmative serait conforme à l'esprit du traité.

TESTAMENT OLOGRAPHE. — ÉTRANGER EN FRANCE.

Un sujet russe, habitant la France, y a fait son testament dans la forme réglée par l'art. 970, C. civ. La nullité de ce testament a été demandée par ce motif qu'il n'était pas conforme à la loi russe<sup>1</sup>. Le tribunal civil de la Seine a, le 21 juillet 1883<sup>2</sup>, repoussé avec raison cette demande par ce motif qu'il ne s'agissait pas de la capacité de disposer du testateur pour laquelle on aurait consulté le statut personnel de celui-ci, mais de la forme extérieure du testament pour laquelle on doit consulter la loi du lieu où il a été fait d'après la règle connue *locus regit actum*. On objectait la disposition de l'art. 999, C. civ., qui permet au Français de tester en pays étranger dans la forme olographe et on disait que cela tenait à ce que, dans les idées du législateur, le droit de disposer dans la forme olographe rentrait dans le statut personnel<sup>3</sup>. Le jugement ne réfute pas suffisamment cette objection, il se borne à dire que, de ce que l'art. 999 autorise par exception le Français qui teste en dehors du territoire à se conformer seulement à l'art. 970, il n'en résulte pas que la règle

<sup>1</sup> Sur ce point, voir un article d'un jurisconsulte russe dans le *Journal du droit international privé*, 1884, p. 359.

<sup>2,3</sup> *Journal du droit international privé*, 1884, p. 405.



*locus regit actum* cesse de recevoir application pour l'étranger qui se trouve en France lors de la confection de son testament. Je pense qu'il aurait été possible de mieux concilier la solution du tribunal avec la disposition de l'art. 999, C. civ. La faculté de faire un testament olographe ne rentre pas dans le statut personnel, comme le dit très bien le tribunal, elle doit donc pouvoir être exercée en France par tous ceux qui s'y trouvent, abstraction faite de leur nationalité ou de leur domicile : *locus regit actum*. Cette règle s'oppose-t-elle à ce qu'un Français qui est en pays étranger, puisse *aux yeux de la loi française* tester dans la forme olographe, quand même cette forme ne serait pas admise par la législation du pays où il se trouve ? non, parce que la règle en question doit être considérée comme ayant un caractère facultatif. Nous devons accepter comme valable en la forme un acte fait en pays étranger par un Français qui a suivi la loi du pays, lors même que cette loi serait tout-à-fait différente de la nôtre ; peut-être ce Français ne pouvait-il pas du tout observer notre loi ; dans tous les cas, il ne savait pas dans quel pays son acte serait invoqué, etc. Mais si ce Français, quoiqu'en pays étranger, a pu se conformer à notre loi, si son acte est invoqué en France, comment pourrions-nous lui faire un grief de la non conformité de son acte avec la loi du pays où il se trouvait ? Telle est l'explication très simple de l'art. 999, et on voit que la disposition de cet article ne constitue pas une véritable exception à la règle *locus regit actum* et que, pour l'expliquer, il n'est pas nécessaire de rattacher ce droit pour le Français au statut personnel.

Le jugement qui vient d'être analysé est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation qui a eu plusieurs fois à s'occuper de testaments olographes faits en France par des Anglais. V. notamment, Ch. civ. 25 août 1847, *Dalloz*, 1847. 1. 273. La Cour d'Orléans a même été plus loin, elle a, par arrêt du 4 août 1859 (*Dalloz*, 1859. 2. 158), décidé que le testament olographe fait en France par un Hollandais devait y être considéré comme valable ; il y a cela de particulier dans cette hypothèse, que le Code civil hollandais ne se borne pas à ne pas admettre la forme olographe, il dit formellement que « le Néerlandais qui

« se trouve en pays étranger ne pourra faire sa disposition de dernière volonté que par acte authentique et en observant les formalités usitées dans le pays où l'acte sera passé. » art. 992. La Cour dit que, si le statut personnel suit l'individu où il se trouve, c'est uniquement pour l'étendue de sa capacité, mais que la forme extérieure et la solennité des actes sont réglées par la loi du pays où les actes sont passés. Ce n'est peut-être pas décisif; il y a là quelque chose de spécial, puisque la loi nationale a prévu le cas. Ne peut-on pas dire que la disposition de cet art. 992 crée à la charge des Hollandais une véritable incapacité qui comme telle doit être respectée partout? C'est ce que faisait remarquer l'organe du ministère public dans l'affaire, en ajoutant que cela devait être admis d'autant plus facilement qu'il n'y avait aucun intérêt français engagé dans le débat.

LOUIS RENAULT.

#### DE LA LOI DU 5 JANVIER 1883, SUR LES RISQUES LOCATIFS,

(art. 1734 du Code civil),

Par M. BATHIZ, sénateur, professeur à la Faculté de droit de Paris.

On a plaidé devant plusieurs tribunaux des procès relatifs à l'application de la loi qui a modifié l'art. 1734 du Code civil, et sur les mêmes questions des décisions contraires ont été rendues. Il n'en faut pas conclure, comme l'ont dit quelques avocats, que le législateur ne s'est pas expliqué en termes suffisamment clairs et que les travaux préparatoires ont été confus. Nous savons depuis longtemps que l'intérêt privé a des ressources inépuisables pour faire naître des doutes sur les dispositions les plus précises et que les subtilités ont toutes été inventées par les plaideurs et non par les docteurs en droit.

J'ai plusieurs fois été invité à m'expliquer sur le sens de la loi du 5 janvier 1883 dont j'ai été le rapporteur au Sénat, et si je n'ai pas jusqu'à présent cédé à cette demande, c'est que je croyais inutile d'interpréter un texte qui ne peut pas offrir de difficulté sérieuse. Je n'ai, du reste, plus l'autorité d'un rapporteur, car depuis le jour où le Sénat a émis son vote, je n'ai plus le droit de parler au nom de la commission, et il ne m'est

plus permis que d'exprimer mon opinion personnelle comme le dernier des interprètes extra-parlementaires. Je prends la plume aujourd'hui parce que dans les débats judiciaires j'ai souvent été cité et pris à partie ; on s'est même servi d'une lettre que j'avais écrite au directeur d'une Compagnie, sans que le destinataire m'ait demandé l'autorisation de la produire. Ce que j'avais écrit pour lui a été discuté comme un document officiel, presque assimilé aux travaux préparatoires. Cette indiscretion me fait un devoir de m'adresser à tout le monde, et bien que je n'aie plus le droit de parler officiellement, j'espère que mes explications pourront prévenir des discussions inutiles et empêcher des procès coûteux. Je compte sur l'évidence de la vérité bien plus que sur mon titre d'ancien rapporteur de la loi.

Une première question a été soulevée sur la rétroactivité de la loi<sup>1</sup>. Les contrats de louage, antérieurs à loi du 5 janvier 1883, sont-ils régis par la loi ancienne ou par la nouvelle ? Faut-il y appliquer l'article 1734 du Code civil ou la rédaction de 1883 ? La loi n'avait pas à résoudre cette question. La difficulté est commune à toutes les lois nouvelles, et c'est à la jurisprudence qu'il appartient de se prononcer sur ce point, d'après les principes généraux d'interprétation en matière de rétroactivité. Il serait donc injuste de nous reprocher une lacune ; si ce reproche était fondé, il faudrait dire que toute loi qui modifie une disposition doit s'expliquer sur la rétroactivité. Or tout le monde sait que le législateur ne procède pas ainsi ou qu'il ne le fait que

<sup>1</sup> Le tribunal de Nîmes, jugement du 19 décembre 1883, a décidé que les contrats de bail antérieurs à la loi nouvelle doivent être régis par le Code civil. Ce jugement a été confirmé par un arrêt de la Cour de Nîmes en date du 15 mars 1884. La même solution avait été admise par le tribunal de Villefranche, jugement du 19 juillet 1883. Le tribunal civil de Lyon, au contraire, a décidé le 9 janvier 1884 qu'il fallait appliquer la loi en vigueur au moment de l'incendie et non celle qui était en vigueur au jour du contrat. La 6<sup>e</sup> chambre du tribunal de la Seine a décidé le 2 août 1884 qu'il y avait lieu d'appliquer la loi en vigueur au moment du contrat et non celle qui est en vigueur au moment du sinistre. La *Gazette des tribunaux* du 26 mai 1883 a publié un article dont l'auteur se prononce pour l'application de la loi en vigueur au moment du sinistre. C'est aussi ce qu'a décidé M. de Varennes dans un article qui a été publié par le journal *l'Assurance*, avril 1884.

très exceptionnellement, ordinairement même, quand il se prononce, pour établir formellement que la loi nouvelle régirait les faits antérieurs.

Cette observation faite, j'ajoute que les tribunaux qui ont jugé cette question n'ont pas aperçu la véritable raison de décider et qu'elle ne leur a pas été suggérée par les plaidoiries des avocats qui ont éloquemment développé la question devant eux.

La solidarité qu'établissait l'ancien article 1734 du Code civil obligeait pour le tout des débiteurs qui pouvaient n'avoir entre eux aucun rapport. Ils étaient locataires sans se connaître peut-être, et, en tout cas, ils ne s'étaient pas choisis. Ils ne connaissaient ni leurs ressources, ni la valeur du recours qu'ils pourraient avoir à exercer, les uns contre les autres, dans le cas où l'un d'eux aurait payé au propriétaire la totalité de l'indemnité. Cette action récursoire avait même une valeur variable puisque les locataires se succédaient et que la maison pouvait être, au moment du sinistre, occupée par d'autres personnes qu'au moment du bail fait avec le locataire actionné *in solidum*. Le lien de solidarité n'est donc nullement contractuel entre les locataires, et l'article 1734 a toujours été cité par les interprètes comme un exemple de solidarité légale. Oui, dit-on, mais s'il n'est pas contractuel entre les locataires, il l'était entre le bailleur et chacun des locataires. C'est inadmissible ; car le bailleur pouvant, quand il le veut, changer les locataires sans le consentement de ceux qui restent, il modifierait son contrat en faisant varier la solvabilité des codébiteurs. Il n'aurait pas eu ce droit — et cependant on ne le lui contestait pas — s'il avait tiré du contrat son action *in solidum*. C'est la loi qui disposait ainsi et les locataires savaient ce qui les attendait. Aussi prenaient-ils leurs précautions en s'assurant pour les risques locatifs.

Ces prémisses posées, supposons que le locataire actionné *in solidum* eût un bail antérieur à la loi de 1883, mais que tous les autres locataires de la maison soient entrés postérieurement à la loi. Le locataire actionné sera-t-il obligé de payer le tout sans avoir une action contre les autres ? Ne pourra-t-il pas dire : « Quand j'ai loué, la loi m'obligeait *in solidum*, mais elle me donnait un recours pour leur part et portion contre les autres (art. 1214 du

Code civil). La situation est changée. Vous avez renouvelé vos locataires et, d'après la loi nouvelle, qu'ils ont le droit d'invoquer, ils ne sont plus tenus *in solidum*. Pouvez-vous m'appliquer un contrat dont les conditions sont profondément modifiées? » Cela démontre que la solidarité étant légale, c'est la loi nouvelle qu'il faut appliquer. Il est facile de voir à quelle injustice on arriverait si l'ancienne loi était maintenue pour les baux antérieurs. Ce qu'il y avait à faire, c'était aussitôt après — et même avant — la promulgation de modifier les contrats d'assurance puisque le risque allait être modifié. La prudence conseillait aux parties de le demander et il était du devoir des compagnies de s'y prêter <sup>1</sup>.

Abordons maintenant la question au fond et précisons bien la portée de la loi nouvelle. La commission du Sénat et son rapporteur ont pensé que toute réforme doit être entendue *secundum subjectam materiam* ; ils ont espéré que les interprètes sauraient se guider d'après le but que les auteurs se sont proposé. Or, soit à la Chambre des députés, soit au Sénat, il a été dit à plusieurs reprises que la réforme avait uniquement pour but de faire cesser l'injuste solidarité que l'article 1734 avait établie, rien de moins, rien de plus. M. Viette avait commencé par proposer un remaniement des art. 1733 et 1734 ; mais sa proposition avait été écartée et on s'était borné à la réforme de l'art. 1734, réforme qui répondait aux critiques unanimes des jurisconsultes. Que suppose la solidarité ? Elle implique qu'on ignorait où le feu avait pris et qu'une présomption de faute pesait sur tous. La solidarité ne pouvait être comprise qu'avec plusieurs débiteurs, et il ne pouvait y avoir plusieurs débiteurs que si on ignorait le lieu où le fait avait commencé.

Mais dans le cas où on connaît le lieu où le feu a pris, il n'y

<sup>1</sup> Au moins faudrait-il distinguer entre le cas où l'état des locataires a changé depuis le contrat et celui où il ne s'y est produit aucune modification. L'application de l'ancienne loi ne pourrait se comprendre que si la maison était occupée par les mêmes locataires qu'à l'époque où le bail a été fait. Nous n'admettrions même pas cette distinction parce que les deux solutions partiraient de principes différents, de la solidarité légale dans un cas, de la solidarité contractuelle dans l'autre. Rien, dans les textes, ne porte trace de cette différence ; rien n'indique que les rédacteurs du Code civil aient, suivant les cas, rattaché cette solidarité à deux principes.

avait ni solidarité, ni motif de réformer la loi. Ce serait dépasser le but de la réforme que de l'appliquer au cas où on connaît l'origine du sinistre. La loi ancienne et la loi nouvelle disent, l'une et l'autre, que dans ce cas *celui-là en est seul tenu*. Comment sera-t-il tenu? Évidemment il l'était comme auparavant; car il n'y a qu'un débiteur; toute idée de solidarité disparaît et il serait absurde d'y appliquer la loi nouvelle qui n'a été faite que pour le cas où il y a plusieurs débiteurs, qui a été faite uniquement pour substituer à l'ancienne solidarité une dette de débiteurs conjoints proportionnellement à la valeur locative <sup>1</sup>.

Quand le feu a pris chez un locataire, il n'y a qu'un débiteur. Il est présumé en faute et c'est à lui à prouver la force majeure.

<sup>1</sup> La 6<sup>e</sup> chambre du tribunal de la Seine, jugement déjà cité du 2 août 1884, a décidé que le locataire est tenu pour le tout lorsque le feu a commencé dans la partie qu'il habite. Le tribunal civil de Lyon, 19 janvier et 30 avril 1884, et le tribunal de Valence, 4 juin 1884, ont au contraire décidé que même au cas où le feu a pris chez lui, le locataire n'est tenu que proportionnellement à la valeur locative de son appartement. Dans son numéro déjà cité du 26 mai 1883, la *Gazette des tribunaux* se prononce pour la responsabilité intégrale du locataire chez lequel le feu a pris naissance. M. de Varennes se prononce dans le sens de l'obligation proportionnelle à la valeur locative (*L'Assurance*, avril 1884). — Voici l'espèce dans laquelle a été rendu le jugement de la 6<sup>e</sup> chambre du tribunal de la Seine, le 2 août 1884 :

Le 18 février 1883, un incendie a éclaté dans une chambre des combles dépendant d'une maison située rue Le Peletier, appartenant aux époux MALLER et occupée par M. ALIBERT. Cette maison était engagée à la Compagnie d'assurances la *Mutuelle Immobilière*.

Il a été procédé immédiatement à l'estimation des dégâts; M. Alibert n'a fait aucune contestation, n'a soulevé aucune difficulté; il a seulement déclaré qu'il était assuré au *Monde* pour les risques locatifs.

La *Mutuelle Immobilière* s'est mise en rapport avec le *Monde*; deux experts ont été désignés de part et d'autre et le sinistre a été réglé à la somme de 2,789 fr. 50.

La *Mutuelle Immobilière* a réclamé à la Compagnie le *Monde*, qui se portait naturellement garant de son assuré, une somme de 2,789 fr. 50; le *Monde* a répondu : « Non, nous ne devons pas cette somme, mais nous vous devons une somme d'argent établie par le résultat de la proportion entre la valeur locative des lieux occupés par Alibert, l'importance du sinistre et la valeur locative totale de l'immeuble. »

En conséquence, on a fait des offres réelles s'élevant à une somme de 242 fr. 62; c'est là-dessus que le procès se déroule.

S'il ne le fait pas, la présomption suffit pour démontrer sa faute et le faire condamner. Les locataires ont émis dans ce cas la prétention de n'être tenus que pour leur part proportionnelle. Si nous avons pu avoir seulement l'idée de réformer en ce sens le Code civil, nous mériterions d'être tournés en ridicule, pour avoir seulement conçu pareille absurdité. Comment? Le feu a pris chez un locataire; il est présumé en faute; cette présomption est même une preuve s'il ne démontre pas la force majeure; mais c'est le cas de l'art. 1382; il doit réparer tout le préjudice qu'il a causé par sa faute. S'il prouve la force majeure, il ne doit rien; mais s'il ne la prouve pas, il doit tout.

Faut-il que je réponde aux observations qui ont été faites sur plusieurs passages de mon rapport et de la discussion au Sénat? La discussion qui a eu lieu devant la première Chambre du tribunal, à l'audience du 2 août 1884, a été vraiment byzantine. Les avocats ont discuté sur la disparition momentanée du mot *en*. Le Code civil avait dit : « A moins que l'incendie n'ait commencé chez un des locataires auquel cas celui-là seul *en* est tenu. » Le nouvel art. 1734 dit aussi : « auquel cas celui-là seul *en* est tenu. »

Mais il paraît qu'entre les deux lectures on a rétabli le mot *en* qui un instant avait disparu de la rédaction? Pourquoi cette éclipse? Ce ne doit pas être sans intention; il y a là un mystère. Le rapport ne s'explique pas, mais nous nous expliquerons pour le rapporteur, et là-dessus — *risum teneatis* — les conjonctures les plus étranges sur la disparition et le retour d'un mot qui n'a aucune importance. Au moins, M<sup>e</sup> Maignier a eu le bon sens de dire que, sans doute, j'avais écrit en me confiant à ma mémoire et que j'avais oublié ce petit mot sans y faire attention, mais aussi sans y attacher aucune intention.

On m'a reproché aussi d'avoir dit : qu'en prouvant que le feu avait pris chez un des locataires, *je prouvais par cela même sa faute*<sup>1</sup>. « Non, me dit-on, vous allez trop loin; vous prouvez le

<sup>1</sup> Voici un passage de la plaidoirie de M<sup>e</sup> Vavasseur où les termes de mon rapport sont critiqués : « De cela seul, disent MM. Maucorps et Richard, que le lieu est connu, de cela seul qu'on sait que l'incendie a pris naissance chez un locataire, cela ne veut pas dire qu'il ait commis une faute; il est soumis à la responsabilité proportionnelle, qui forme la base de l'art. 1734

lieu, mais vous ne prouvez pas la faute. » — Pardon, le bailleur prouve tout ce qu'il a à prouver en établissant le lieu du sinistre. Il démontre que le feu a pris chez un locataire; ce locataire est présumé en faute; il peut sans doute écarter la présomption en prouvant la force majeure; mais c'est au locataire qu'incombe la preuve, et s'il ne la fait pas, la présomption suffit pour prouver la faute. La présomption est donc une preuve, à moins qu'elle ne soit détruite par le locataire s'il établit la force majeure.

Il y a enfin dans les motifs du jugement un passage sur lequel des explications sont nécessaires :

« Attendu qu'en fondant la responsabilité des locataires en cas nouveau; mais il ne sera responsable du tout, que si on rentre dans le droit commun des quasi-délits, que si on prouve que c'est lui qui par imprudence ou volontairement a mis le feu dans son appartement; mais si on ne fait pas cette preuve, il n'y a pas de faute commise, les règles de l'art. 1382 alors ne sont plus applicables, et, c'est au contraire l'art. 1734 nouveau, le principe de la responsabilité proportionnelle, qui sera seul applicable. » Il résulterait de là que d'après MM. Maucorps, Richard et Vavasseur, la loi du 5 janvier 1883 ne se serait pas bornée à supprimer la solidarité. Après avoir fait cette réforme qui était la seule à faire, la seule demandée, la seule qui soit entrée dans l'esprit des législateurs, ceux-ci auront voulu ajouter : « Si le feu a pris chez un locataire, ce locataire qui était seul tenu jusqu'à présent ne sera plus, à l'avenir, tenu que proportionnellement. Il ne sera tenu pour le tout que si on prouve sa faute et sa responsabilité aux termes de l'art. 1382. Si la commission avait voulu exprimer cette idée, elle n'aurait pas adopté la rédaction à laquelle elle s'est arrêtée et quelque opinion qu'on puisse avoir de sa composition, elle n'aurait pas été assez maladroite pour exprimer cette réforme en ces termes : « A moins qu'on ne prouve que l'incendie a commencé chez l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu. — Sans doute il n'y a contre lui que présomption de faute et il peut établir qu'il y a eu force majeure; mais s'il ne prouve pas la force majeure, la présomption est contre lui une preuve suffisante de la faute. C'est en ce sens qu'il a pu dire que la faute est prouvée. Oui, elle l'est par la présomption, si cette présomption n'est pas détruite. Voici quelle est exactement la position du locataire chez qui le feu a pris : 1° pour son appartement, il est obligé de le rendre en vertu de son contrat, et, s'il a péri, c'est à lui à démontrer le cas de force majeure (art. 1302, C. civ.). Il est donc présumé en faute jusqu'à preuve du contraire, pour la partie qu'il occupe de la maison. 2° Comme c'est le même feu qui a causé tout le préjudice, que c'est le même événement, il ne peut pas être présumé en faute pour partie et n'être pas présumé en faute pour la totalité du préjudice. Cette division de la présomption ne pourrait pas se soutenir.



d'incendie, sur l'obligation de rendre, inscrite dans l'art. 1302, le Sénat émettait certainement une opinion *très contestable*, que le locataire, en effet, ne peut être assimilé au détenteur d'un corps certain, la force des choses, quand il n'est pas seul dans la maison, lui donne l'usage des parties de l'immeuble qui ne lui ont pas été louées, qui sont indivisibles et dont il avait joui avec d'autres locataires; qu'il résulte pour lui de cette situation une obligation de veiller à la conservation de la chose commune qui crée entre lui et ses colocataires, un lien et une responsabilité d'une nature spéciale. »

Tout est contestable assurément ou du moins tout peut être contesté; mais la proposition que paraît ne pas admettre le jugement, a été appuyée, dans la discussion devant le Sénat, de nombreuses citations qui prouvent qu'elle n'est pas contestée par les jurisconsultes et qu'elle est admise par les plus éminents, entre autres par MM. Troplong, Dalloz et Laurent. Seulement il faut comprendre les paroles du rapporteur suivant l'objection à laquelle il répond, comme il faut comprendre la loi suivant le but qu'elle s'est proposé. Ce que nous voulions uniquement, c'était faire disparaître la solidarité, et, à ce point de vue, le rapporteur disait : « Quand on ne sait pas où le feu a pris (le seul cas où il pouvait être question de solidarité), il est juste d'obliger chaque locataire à rendre l'appartement qu'il a reçu, car il en est tenu en vertu de l'art. 1302, et s'il ne peut ni le rendre ni prouver la force majeure, il est juste de l'obliger à payer le prix, c'est-à-dire proportionnellement à la valeur locative. Mais il ne serait pas juste de faire peser sur lui la même obligation pour l'appartement qu'il n'occupe pas et où il n'a même pas le droit de pénétrer. A l'égard de l'appartement voisin il est dans la même position qu'à l'égard de la maison voisine; il ne peut être tenu qu'en vertu de sa faute soit directement prouvée, soit sur la présomption non détruite par la preuve de la force majeure. Si on prouve que le feu a pris chez un des locataires, la loi nouvelle ne s'applique pas, car il ne peut s'agir de solidarité. Or, la loi n'a été faite que pour abolir la solidarité, et il ne peut être question d'obligation collective ou solidaire du moment qu'il n'y a qu'un seul débiteur. Quant à ce débiteur uni-

que, il est tenu, comme il l'était d'après la loi ancienne, car la loi du 5 janvier 1883 ne s'applique pas à ce cas. Nous reconnaissons que l'art. 1302 n'est pas le seul qui soit applicable et nous n'entendons supprimer ni l'art. 1733 ni l'art. 1734; mais l'art. 1302 est le fondement de l'art. 1733 et l'origine de la présomption de faute contre le locataire chez qui le feu a commencé. »

Le jugement ajoute qu'il ne s'agit pas dans l'espèce de la restitution d'un *corps certain*; mais de quoi s'agit-il donc? Nous employons en droit les mots *corps certain* par opposition à la dette d'une chose *in genere*. Or une maison louée n'est pas une chose *in genere*; c'est bien un objet déterminé, un corps certain par conséquent. Il y a des parties de la maison, comme le fait observer le jugement, qui sont à l'usage commun de tous ceux qui l'habitent. C'est précisément ce qui rendait la solidarité injuste dans le cas où on ne pouvait pas localiser l'incendie. Le feu avait pu être mis par les mandataires du propriétaire, par le concierge notamment. C'était une raison de plus pour abolir la solidarité. Aucun des locataires ne détenait cette portion puisque tous en avaient l'usage, et aucun d'eux n'en pouvait être responsable en vertu de l'art. 1302<sup>1</sup>.

Si le feu a commencé dans l'escalier, il n'y a présomption de faute contre personne, et pour agir en indemnité il faut prouver quel est celui des locataires qui a mis le feu.

Je résume ces observations :

1° Il s'agit d'une solidarité légale, et non contractuelle. Après le contrat de bail, chaque changement de locataire modifierait les

<sup>1</sup> « On comprend, dit M. Laurent, la *responsabilité divisée* des locataires. Chacun doit restituer au propriétaire les locaux qu'il a loués et prouver, par conséquent, le cas fortuit qui le libère. C'est le droit commun *pour tout débiteur d'un corps certain et déterminé*. » — Voici comment s'était exprimé M. Dalloz : « Si le législateur s'était borné à déclarer chacun des locataires responsable en cas d'incendie, pour la portion de la maison qu'il occupait, la disposition serait à l'abri de toute critique. En effet, comme chacun est *obligé de restituer, à la fin du bail, la chose qui lui a été donnée en location*, à moins qu'il ne prouve qu'elle a péri sans sa faute, il s'ensuit qu'il doit être responsable de l'incendie, s'il ne démontre pas que cet événement ne peut lui être imputé. » — MM. Dalloz et Laurent ne paraissent pas croire, comme le rédacteur du jugement de la 6<sup>e</sup> chambre, que la relation entre l'obligation du locataire et l'art. 1302 soit *contestable*.

actions récursoires et la solvabilité des codébiteurs. C'est donc la loi nouvelle qui régit même les contrats antérieurs; car la situation, telle qu'elle était au moment du bail, peut se modifier à tout instant<sup>4</sup>;

2° Si le feu a pris chez un locataire, celui-là seul est tenu de réparer le préjudice et la loi du 5 janvier 1883 ne régit pas ce cas; comme il n'y a qu'un débiteur, il ne peut s'agir de solidarité et il faut écarter la loi nouvelle qui n'a été faite que pour supprimer la solidarité.

3° Le débiteur unique, pour son appartement qu'il a reçu en bail, est tenu de rendre en vertu de son contrat, à moins qu'il ne prouve la force majeure conformément aussi à l'art. 1302 du C. civ.; pour les autres appartements, comme pour les maisons voisines il est tenu en vertu de sa faute d'après l'art. 1382; mais le fait étant unique et indivisible, la faute, si elle est prouvée relativement à son appartement, se trouve établie pour toutes ses conséquences soit à l'égard des autres appartements de la même maison, soit à l'égard des maisons voisines. A. BATBIE.

---

#### EXAMEN DE LA QUESTION DE REVENDICATION, EN CAS DE PAIEMENT INDU,

Par M. COULON, docteur en droit,  
Conseiller honoraire à la Cour d'appel d'Angers.

*Nota.* Ce trait — précède et annonce l'opinion d'un ou de plusieurs auteurs, nommés à la suite. Mes réponses et observations sont précédées et annoncées par cet autre signe —.

Un immeuble a été livré par erreur, de bonne foi, à quelqu'un à qui il n'était pas dû. Celui-ci l'a vendu à un tiers, également de bonne foi en acquérant. Celui qui l'a ainsi donné en paiement peut-il le revendiquer contre ce tiers acquéreur?

— Non, vu le principe général, fondamental, des articles 1599, 2182, 2185, etc., et les maximes : *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*; *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*; etc., la bonne foi seule du tiers déten-

<sup>4</sup> Au moins faudrait-il distinguer entre le cas où les baux ont été modifiés et celui où les locataires seraient les mêmes qu'au jour où a été fait le bail du locataire. Mais nous avons déjà dit que cette distinction est admissible et que certainement les rédacteurs du Code civil n'y ont pas pensé.

teur ne suffit pas pour le rendre propriétaire incommutable de la chose d'autrui (Demolombe, Larombière, etc.).

— La bonne foi n'est pas seule ici : il y a de plus ce fait essentiel, capital, du vrai propriétaire, d'avoir livré sa chose en paiement, volontairement, par un acte où il se dénonce lui-même comme n'en étant plus le propriétaire, où il signale à tous (*urbi et orbi*) celui à qui il transmet la chose comme en étant désormais le seul vrai propriétaire. Ce fait, qui est une imprudence, une faute, laquelle ne doit nuire qu'à son auteur « *error nocet erranti* », nuirait essentiellement à l'acheteur s'il était évincé par une action en revendication de la part de celui-là même qui a commis cette faute, et qui en devrait réparation, art. 1382 ; et voilà une fin de non recevoir palpable contre cette action.

On reconnaît sa faute (M. Larombière), en disant : « la bonne foi de celui qui a reçu ne doit pas tourner à son préjudice. L'imprudence de celui qui paye sans devoir est plus grave que celle de celui qui reçoit. Ce dernier ne doit en éprouver aucun dommage. »

Et le tiers acquéreur donc, le tiers acquéreur de bonne foi ! en doit-il plus éprouver un dommage, lui qui est complètement étranger à la faute commise, lui qui est encore moins en faute que son vendeur lui-même recevant imprudemment ce qui ne lui était pas dû ?

— Mais une faute, une imprudence (de la part de celui qui a payé sans devoir) n'oblige pas à en réparer les conséquences indirectes et éloignées (Larombière).

— Telle n'est point, certes, la conséquence que nous voyons ici, dans notre hypothèse, tant il est naturel et facile de prévoir que celui à qui on livre une chose en disposera peut-être lui-même ensuite, par vente ou autrement ; et s'il en dispose en effet, ce n'est pas là bien sûr, une conséquence indirecte et éloignée, non plus que ce qui peut s'ensuivre.

Qu'arriverait-il si l'on admettait celui qui a payé à revendiquer la chose contre le tiers acquéreur ? que celui qui l'a reçue, puis vendue, aurait à restituer à l'acheteur évincé le prix de la vente, et de plus à lui payer des dommages-intérêts, etc., article 1630, lui que la loi dit si positivement « ne devoir restituer que le prix de la vente », art. 1380 !

— Il ne devra, dans le fait, rien de plus, car c'est le revendiquant qui doit alors supporter personnellement la différence qu'il y aurait entre le prix de la vente et les indemnités qui seraient dues à l'acquéreur évincé ; qu'il se charge donc lui-même, le revendiquant, de la différence en plus ; ou bien qu'il renonce à revendiquer. Oui, s'il ne veut pas prendre à sa charge les dommages-intérêts auxquels le tiers acquéreur évincé aurait droit en sus de la restitution de son prix, la conséquence de la thèse que nous venons de proposer serait évidemment qu'il ne pourrait pas exercer contre lui l'action en revendication (Demolombe, t. 31, nos 417-420).

— Voilà, ce me semble, bien de l'arbitraire, bien des passe-droits. Voilà mis de côté ces grands principes des art. 1599 et autres, dont on réclame si bruyamment l'application, où est le texte qui y fasse exception pour le cas ici proposé, d'un refus de garantie d'une personne que nul texte n'oblige à garantie ? car enfin, charger le revendiquant des dommages-intérêts dus à l'acheteur, c'est l'assujettir à une partie au moins de la garantie, art. 1630. Or, ce n'est pas lui, lui qui n'a pas vendu, ce n'est pas en général, le revendiquant, l'évinçant, que la loi charge de l'obligation de garantie, c'est le vendeur, et c'est, ici, celui qui a reçu, puis vendu la chose, art. 1603, 1615. Faire passer de lui à celui qui a payé, lequel n'est pas vendeur, cette obligation de garantie, en tout ou en partie, c'est ce que j'appelle de l'arbitraire, et vraiment je ne puis y voir autre chose ; c'est une violation manifeste des art. 1603 et 1625, comme aussi, et en même temps, priver, en cas de refus de payer les dommages-intérêts à l'acheteur évincé ou menacé de l'être, priver celui qui a payé de l'exercice de son droit de revendication (qu'on soutient qu'il a), c'est une violation flagrante des art. 2182, 1599, etc. ; car enfin, cette circonstance, ce refus, ne fait certainement pas que celui qui a reçu, non devenu propriétaire de la chose à lui payée par erreur, sans cause, etc., en soit devenu propriétaire, ait pu dès lors la transférer en propriété à un tiers, et que dès lors, ainsi, les dits articles, et toutes les maximes à l'avenant, « *resolutio jure dantis* etc. », cessent d'être applicables. Et si elles sont encore applicables (elles le sont dans votre système), laissez

donc celui qui a payé sans devoir exercer son droit (prétendu) de revendication, sans le soumettre à une garantie (totale ou partielle) que la loi n'impose qu'au vendeur, qu'à celui par conséquent, dans notre hypothèse, qui a reçu, puis vendu. Mais aussi, précisément, la loi affranchit virtuellement ce dernier de l'obligation de garantie envers l'acheteur, en ne l'obligeant qu'à restituer le prix de vente à celui qui a payé, et c'est donc qu'elle entend et veut qu'il n'y ait pas de revendication, pas d'éviction, pas de garantie; autrement elle se trouverait en contradiction avec elle-même, ordonnant d'une part que le vendeur, celui qui a reçu, restitue au garanti le prix de la vente et lui paye en outre des dommages-intérêts etc., art. 1630, et d'autre part qu'il n'ait à restituer que le prix de la vente, sans rien de plus, article 1380 : loi inexécutable, ainsi entendue ! Quant à l'expédient imaginé pour lever la difficulté, savoir, le rejet sur le revendiquant d'une partie de la garantie, de la dette des dommages-intérêts, accessoire et vraie partie de la garantie, art. 1630, c'est de l'arbitraire, je ne puis m'empêcher de le répéter, nul texte n'imposant au revendiquant une pareille charge ou condition.

Les grands principes que l'on invoque ici : « *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet; resolutio jure dantis, resolvitur jus accipientis; neminem æquum est cum alterius detrimento et injuria locupletari*, etc. », existaient bien aussi anciennement ils n'ont pourtant pas empêché le droit romain, ni Pothier, ni autres, de décider que le payant n'a pas d'action en revendication contre le tiers acquéreur.

Pothier dit : « Celui qui a acheté de bonne foi la chose payée par erreur n'est pas dans le cas de la règle qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'un autre, puisqu'il a payé le prix de cette chose qu'il a légitimement acquise. On ne doit donc pas donner d'action en revendication contre ce tiers détenteur; et on doit renvoyer celui qui a payé la chose par erreur à se pourvoir contre celui à qui elle a été payée, pour répéter le prix qu'il l'a vendue. Il a, en effet, eu la volonté de lui en transférer le domaine, par la tradition qu'il lui en a faite, et celui à qui elle a été payée a pareillement eu la volonté d'en acquérir le domaine : ce concours de leurs volontés suffit, avec la tradition, pour la

translation de la propriété. Celui qui l'a payée cesse donc d'en être le propriétaire; il ne peut donc avoir la revendication de cette chose; il n'a donc aucune action contre les tiers détenteurs de la chose. » (Pothier, *Cond. ind.*, nos 178, 179).

Notre article 1380 n'est évidemment que la reproduction et la consécration de la doctrine de Pothier, et dans son texte, et dans son esprit : dans son texte, puisqu'il décide, comme Pothier, que celui qui, ayant reçu de bonne foi, a vendu la chose, « ne doit restituer que le prix de la vente »; dans son esprit, qu'il faut bien croire conforme à celui de Pothier, au sens, dis-je, donné par Pothier à ces mêmes mots, ou équivalents : « On ne doit pas donner d'action en revendication contre le tiers acquéreur, et on doit renvoyer celui qui a payé la chose par erreur à se pourvoir contre celui à qui il l'a payée, pour répéter le prix qu'il l'a vendue. » C'est évidemment ce que fait l'art. 1380; il renvoie, lui aussi, le payeur à se pourvoir contre le receveur vendeur pour répéter le prix de la vente.

C'est d'ailleurs tout à fait dans ce sens qu'il a été officiellement expliqué et motivé. Bertrand de Greuille, en son rapport, a dit, dans les mêmes termes que Pothier : «... cette bonne foi de celui qui a reçu la chose en paiement le fait justement considérer comme légitime propriétaire de la chose : d'où naît la conséquence qu'il avait le droit d'en disposer de la manière qu'il a jugée la plus convenable à ses intérêts. »

Tarrible, de son côté, dans son discours au Corps législatif, après avoir établi que le receveur de bonne foi ne doit restituer que le prix de la vente, a dit : « Mais toute la rigueur de la loi a dû se déployer contre celui qui a reçu de mauvaise foi : celui-là sera obligé de restituer la chose ou la valeur, avec les fruits ou les intérêts ; il demeurera garant ; la vente qu'il aura pu faire n'ôtera pas au propriétaire le droit de revendiquer la chose, et laissera retomber sur lui seul le poids accablant des dommages et intérêts dus à l'acquéreur évincé. Telles sont les dispositions rigoureuses, mais parfaitement justes, du projet, contre ceux qui reçoivent de mauvaise foi une chose non due. » N'est-ce pas dire, implicitement, qu'aucune de ces dispositions n'est applicable à ceux qui reçoivent de bonne foi, qu'en conséquence et *a contra-*

rio la vente qu'ils auront pu faire ôtera au propriétaire le droit de revendiquer la chose?

Tel est donc le système entendu et voulu par le législateur, système identiquement le même que celui de Pothier, dont il a reproduit ainsi, et les termes de sa décision, et les motifs de cette décision.

Vrais ou non, fondés ou non en principe, *stricto jure*, ces motifs et arguments ont été, par Pothier, et à son exemple par les orateurs du Gouvernement, du Tribunat, donnés et pris pour vrais ou fondés, et le législateur lui-même, les acceptant comme tels et s'y conformant, a adopté et consacré, dans son art. 1380 ainsi proposé et expliqué, la décision de Pothier excluant toute revendication contre les tiers acquéreurs. Il n'y a pas à aller là-contre, à « écarter » cette volonté du législateur (« nous écartons tout d'abord l'art. 1380 », dit M. Demolombe, n° 415), volonté manifestement déclarée : implicitement dans l'art. 1380, comme dans l'art. 132, et dans l'art. 1935 ; explicitement par les discours et travaux préparatoires. « A peine avons-nous besoin de rappeler que le déposant n'a pas d'action en revendication contre les tiers de bonne foi », dit M. P. Pont, sur l'art. 1935. « Si, dit Mourlon, la chose déposée a été vendue à un acheteur de bonne foi par l'héritier du depositaire dans l'ignorance du dépôt, le déposant n'aura point d'action contre l'acheteur. »

Telle est donc, dans tous ces cas, des art. 1935, 132, 1380, etc., telle est vraiment la volonté du législateur, et par conséquent la loi : point de revendication contre les tiers. Or, la loi est toujours la loi, toujours applicable et obligatoire, quelque opinion qu'on puisse avoir de ses motifs, les jugeât-on erronés, mal fondés, inexacts, etc. (Domat, Merlin, Dalloz, etc). Ceci soit dit en réponse à l'observation critique de M. Demolombe sur le langage des orateurs du gouvernement et du Tribunat. Ce langage est tout le même que celui de Pothier, Pothier « l'excellent auteur », ainsi que l'appelle cet autre excellent auteur M. Demolombe ; de sorte que le reproche, la critique, retombe sur Pothier lui-même...

— Nous écartons l'art. 1380 par cette raison très simple qu'il a uniquement pour but de régler les rapports entre celui qui ré-



pète et celui qui restitue, et qu'il ne s'occupe pas de la question relative aux tiers acquéreurs ; d'où il suit qu'il laisse cette question intacte, sous l'empire, par conséquent, des principes du droit commun, art. 1599, 2182, etc. (Demolombe).

— L'art. 132, non plus, ne s'occupe pas expressément de la question relative aux tiers acquéreurs ; ni l'art. 1935 ; ils ne semblent, eux aussi, ne régler que les rapports entre l'envoyé en possession et l'absent, ou entre l'héritier du dépositaire et le déposant, tenant, du reste, absolument le même langage que l'art. 1380 : « L'héritier du dépositaire, qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas touché le prix », art. 1935 ; « l'absent, de retour, recouvrera ses biens, ou le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus », art. 132, ce qui est toute la même chose que si l'article disait, comme les deux précités : « l'envoyé ne doit restituer que le prix de la vente, etc. »

Eh bien ! néanmoins, ces art. 132 et 1935 sont et doivent être entendus comme réglant aussi, virtuellement, la question relative aux tiers acquéreurs, comme excluant l'action ou la revendication contre eux. M. Demolombe lui-même (t. 2, nos 154, 155) dit, sur l'art. 132, et comme conséquence de ses termes : « dans le droit des envoyés définitifs, il y a propriété à beaucoup d'égards, propriété surtout à l'égard des tiers. Il n'est donc pas douteux que les envoyés définitifs peuvent vendre, hypothéquer, échanger, aliéner enfin à titre onéreux ; tout cela, sans aucune condition, sans aucune formalité, et comme le ferait l'absent lui-même (art. 132 ; arg. *a contrario* des art. 125, 128, 2126). L'absent n'aurait donc contre les tiers acquéreurs aucune action en revendication ; il n'aurait contre eux que les actions en paiement, en résolution, en rescision, etc., qui appartiendraient aux envoyés eux-mêmes au moment de son retour (art. 132). »

Cet art. 132 exclut donc, ainsi, l'action en revendication contre les tiers, non pas à la vérité explicitement, mais au moins implicitement, du propre aveu de M. Demolombe. Eh bien ! pas plus que du silence de cet article vis-à-vis des tiers et au sujet

de la revendication dont il ne s'occupe pas expressément, on ne peut conclure que la revendication reste permise contre eux, pas plus n'est-on fondé à conclure du silence de l'art. 1380, vis-à-vis des tiers également, qu'il laisse pleinement subsister contre eux l'action en revendication suivant les principes généraux du droit. C'est une véritable contradiction que d'interpréter l'article 132 en ce sens qu'il exclut la revendication, et d'interpréter l'article analogue, identique, 1380, en ce sens qu'il permet la revendication. Identique, en effet, est l'art. 132, et comme s'il était conçu dans les mêmes termes que l'art. 1380, Bigot-Préameneu (exposé des motifs) l'explique et le traduit ainsi : « L'absent, si ses biens ont été vendus, ne pourra en réclamer que le prix », c'est-à-dire, encore, en d'autres termes : « Si les envoyés ont vendu les biens, ils ne doivent restituer que le prix de la vente. » Et c'est ce que l'art. 1380 dit précisément et dans les mêmes termes : « Si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente. » Certes, il n'y a pas de raison d'entendre ces expressions identiques ou parfaitement équivalentes, en tel sens dans le cas de l'art. 132, et en un sens tout différent dans le cas de l'art. 1380, comme disposant implicitement à l'égard des tiers, au premier cas, et comme ne disposant pas du tout à l'égard des tiers, au second cas, comme interdisant la revendication dans le premier de ces deux cas, comme l'autorisant dans le second. Et de même, *mutatis mutandis*, au sujet de l'art. 1378, qui ne parle aussi, explicitement, que de celui qui a reçu de mauvaise foi...

M. Demolombe, et lui moins que personne vu sa manière d'entendre et d'appliquer l'art. 132, n'est donc ni recevable, ni fondé à « écarter tout d'abord l'art. 1380 », comme il le dit à son n° 415. Son interprétation différente des deux articles (tout semblables) 132 et 1380, est une inconséquence, une vraie contradiction. Ces deux articles ont été, par les orateurs du Gouvernement et du Tribunal, proposés, motivés, de la même manière et dans le même sens, dans le sens d'une exclusion complète de l'action en revendication contre les tiers, et par suite, sans nul doute, adoptés, érigés en loi dans le même sens et avec la même portée, d'autant plus que telle était (au cas de l'art. 1380) la théo-

rie de Pothier, guide habituel des rédacteurs du Code, et dont ils ont reproduit tant la décision que les raisons de décider.

Mêmes choses à dire de l'art. 1935, formulé de même que les art. 132 et 1380. Et l'art. 1240 est manifestement fait dans le même esprit, de respect et de maintenance de ce qui a été fait de bonne foi par ou avec des possesseurs de bonne foi.

On voit par ces articles que, pour leurs hypothèses, le Code a entendu faire et a fait exception aux principes généraux des art. 1599, 2125, 2182, etc., et c'est donc le cas d'appliquer, non le principe, mais la disposition exceptionnelle : « *in toto jure, generi per speciem derogatur.* »  
COULON.

---

## BIBLIOGRAPHIE

---

### DISCOURS, PLAIDOYERS ET ŒUVRES de M. EDMOND ROUSSE,

Ancien bâtonnier de l'ordre des avocats,

Membre de l'Académie française,

*Recueillis et publiés,*

par M. Fernand WORMS, avocat à la Cour de Paris.

Compte rendu par M. Gabriel DEBACQ, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel.

Notre confrère Fernand Worms a publié, en 1878, à l'occasion d'un procès — qui fit alors beaucoup de bruit — (le procès des œuvres posthumes d'André Chenier) une intéressante étude sur le décret du 1<sup>er</sup> germinal, an XIII.

Le livre de M. Worms était fort bien fait. Il eut auprès du public spécial auquel il était destiné, tout le succès qu'il comportait. A son étude proprement dite, M. Worms avait joint nombre de documents intéressants, — rapports, exposés de motifs, lois et projets de lois sur le droit des auteurs de 1777 à 1866, — tous les textes en un mot qui constituaient la législation littéraire et artistique, — les traités internationaux, etc. ; enfin un compte-rendu très complet des débats engagés devant le tribunal et de-

<sup>1</sup> 2 volumes in 8°. Paris, Larose et Forcel, éditeurs.

vant la Cour à la requête de MM. Charpentier et C<sup>ie</sup> contre MM. Lemerre et Gabriel de Chenier.

M. Worms avait eu l'honneur de plaider avec M<sup>e</sup> Rousse, pour M. Lemerre. Il avait recueilli et publié, nous n'avons pas besoin de dire avec quelle sollicitude, les deux plaidoiries du maître dont il était alors, et dont il est encore, le collaborateur et l'ami.

Nous avons tous lu et relu, ces deux œuvres magistrales qui resteront au nombre de nos meilleurs morceaux d'éloquence judiciaire contemporaine. Ceux d'entre nous qui après avoir assisté aux audiences et entendu M. Rousse discuter à la barre les prétentions de M. Charpentier, avaient dans le livre de M. Worms, retrouvé les plaidoyers de l'ancien bâtonnier, y avaient à la lecture découvert je ne sais quelles qualités nouvelles, quel attrait pénétrant et inaccoutumé. Ils avaient rencontré, à côté de ce qui les avait, à l'audition, entraînés ou séduits, nombre de morceaux exquis dont il semblait que l'avocat, aux pieds de la Cour ou du Tribunal, eût pris, comme à plaisir, soin de voiler le charme et d'atténuer l'effet.

D'autres que M. Rousse eussent souligné d'un geste, accentué d'une voix plus éclatante, ou scandé d'un débit plus harmonieux, ces périodes finement ciselées, où l'esprit le plus délié et les pensées les plus délicates s'alliaient au plus littéraire et au plus châtié des langages.

Lui, avait laissé la plaidoirie tomber de ses lèvres simplement, modestement, sans que rien sentît l'effet d'audience, et comme s'il eût craint, en agissant trop puissamment sur l'auditeur, de faire tort au lecteur du lendemain.

L'œuvre avait pris à mesure que s'évanouissaient les derniers échos du débat engagé, plus de valeur encore et de discret éclat.

Le plaidoyer, et c'est chose rare, survivait au procès. Il demeurait debout, la lutte close et l'adversaire disparu, sans rien perdre de son intérêt. Le tumulte du combat, qui cache les incorrections, ou masque les défaillances, qui parfois donne à tant d'impuissants les apparences de la force, s'était éteint, et l'œuvre de l'avocat était encore là dans son élégance et sa distinction suprême, prête, l'audience finie, à affronter sans faiblir l'examen du critique le plus sévère, tout comme elle avait à la barre, su

résister à l'étreinte du contradicteur le plus vigoureusement trempé.

Ainsi déjà, aux applaudissements des avocats, réunis, en 1871, au milieu des ruines du palais incendié, à l'enthousiasme des auditeurs. La parole de l'orateur avait cessé de se faire entendre depuis longtemps déjà que l'effet grandissait toujours persistant, ineffaçable; le grand public, le public qui n'avait point entendu le discours du bâtonnat, le public qui avait lu seulement, était venu joindre le tribut d'une admiration unanime, émue, entraînant.

Mais si le discours du bâtonnat était dans toutes les mains, si grâce à la publication de M. Worms il était aisé de relire les plaidoyers de M. Lemerre, si l'on pouvait retrouver, en tête des plaidoiries de Chaix d'Est-Ange cette préface qui fut et qui restera le chef-d'œuvre du genre et le principal des titres académiques de M. Rousse, chacun d'entre nous désirait qu'une main autorisée recueillît et publiât les plaidoiries de M. Rousse et réunît en un faisceau tous ces morceaux de l'art de bien dire que jusqu'ici avaient pu seuls savourer quelques privilégiés.

M. Rousse a cédé au désir exprimé par le barreau entier et il a permis à l'un de ses collaborateurs de publier les principales et les plus intéressantes de ses œuvres.

Nous avons en mains les deux volumes. *Discours, Plaidoyers et Œuvres* que viennent d'éditer MM. Larose et Forcel. Pourquoi faut-il, qu'en remerciant M. Rousse de nous avoir ainsi permis de relire les meilleurs de ses travaux, nous soyons obligés d'exprimer un regret, un bien vif regret.

Dans ces deux volumes l'œuvre judiciaire de M. Rousse ne tient pas toute la place que nous eussions désirée.

Les productions du littérateur et de l'académicien prennent sinon plus qu'il ne convient, plus du moins que nous n'aurions voulu, le pas sur celles de l'avocat.

Rien sans doute de plus délicat en même temps que de plus profond, de plus sérieux et de plus séduisant que ces souvenirs du siège de Paris et de la Commune, qui remplissent, avec la consultation sur les décrets du 29 mars et le rapport sur les prix de vertu, les 400 pages du deuxième volume. Faut-il citer le portrait du président Bonjean?

« C'est le parleur e plus intarissable que j'aie jamais ren-  
 « contré, il a tout vu, il a tout fait, il sait tout, il se raconte, il  
 « se détaille, il se prône, il se cite et se récite sans trêve ni  
 « merci. C'est une autobiographie sans fin — le Bouillet de soi-  
 « même, au milieu de ce flot, du mouvement, du trait, beaucoup  
 « de connaissance, des anecdotes amusantes, une grande jeunesse  
 « d'idée et de la résolution. L'homme est très laid, borgne, mal  
 « bâti, sans tenue; — il a 66 ans, a un pantalon d'uniforme à  
 « bandes rouges dont il est très fier, il monte sa garde, il couche  
 « aux remparts, il donne l'exemple à son quartier, il fournit  
 « des secours aux blessés, des conseils aux généraux, c'est lui  
 « du moins qui le dit, et je le crois sur parole. »

Faut-il reproduire cette délicate esquisse consacrée par M. Rousse à un de nos plus dignes confrères que la mort a tout récemment frappé, mais dont le barreau de Paris ne perdra pas de sitôt le souvenir.

« Je vais causer avec lui, et je trouve en lui bien plus de mé-  
 « rite encore que je n'en connaissais, c'est un esprit juste et sûr,  
 « clairvoyant et sage, une âme ferme, beaucoup de sangfroid et  
 « de courage, un vrai patriotisme sans exclusion ni forfaiture,  
 « résigné aux sacrifices, très fin d'ailleurs, prudent et défiant  
 « comme presque tous les gens de l'autre côté de la Garonne, te-  
 « nant dans un si juste milieu, ses intérêts et ses devoirs, que  
 « son honnêteté est habile et que son habileté est honnête. Son  
 « talent ne donne pas toute la mesure de son mérite.....»

Est-il possible de mieux dire et de faire en quelques mots d'une façon plus aimable et plus fine, le portrait de l'excellent homme qui nous a été ravi l'an dernier?

Rien de plus intéressant aussi que les études critiques de M. Rousse, sur l'*Histoire des parlements*, de M. de Bastard; *Les manieurs d'argent*, de M. O. de Vallée; *Le droit nobiliaire français*, de M. Alfred Levesque. Rien de plus touchant que l'éloge de Sapey. Mais tout cela n'empêche que nous aurions voulu plus de plaidoiries.

À côté de l'éloge académique de Jules Favre, à côté de la préface des plaidoyers de Chaix, à côté du discours du bâtonnat, nous ne trouvons dans la publication nouvelle de M. Worms

qu'un tout petit nombre, un trop petit nombre de plaidoyers proprement dits. Sans doute, ceux dont M. Rousse a permis l'impression sont parmi les plus remarquables qu'il ait faits ; c'est d'abord ce petit bijou qui s'appelle « la *Défense de Trabucco* », et qui est comme l'antithèse de la grande harangue qui restera la gloire de Jules Favre, la *Défense d'Orsini*. — Puis c'est la *Plaidoirie pour Duverdy contre M. Zola*, celle prononcée devant la Cour pour les *Légataires contre les héritiers de M. Deguerry*. C'est l'affaire des *Lettres de Benjamin Constant*, celle de *M<sup>me</sup> Scribe contre les héritiers Pichot*, quelques autres encore, trois ou quatre peut-être et rien de plus. Cela suffit pour donner la mesure de l'avocat et permettra d'apprécier le mérite de l'orateur judiciaire !

Mais combien d'autres plaidoiries dont le palais a gardé le souvenir manquent à ce recueil.

M. Rousse, par un sentiment de délicatesse qui chez lui n'étonnera personne, a considéré que la publicité du débat ne dispensait pas l'avocat de la discrétion professionnelle. De la plupart des grandes affaires, des affaires de séparation de corps, des questions d'état qui lui ont fourni l'occasion de ses plus grands succès à la barre, M. Rousse a entendu que le livre publié par M. Worms ne donnerait rien, ne dirait rien. Il n'a pas voulu que la publication des meilleurs peut-être de ses plaidoyers, put fournir à la curiosité ou à la malignité publique un aliment ou un aiguillon nouveau. S'il n'a point dépendu de lui d'empêcher ou d'assourdir le bruit qu'autour d'eux, au jour des débats, avaient fait certains procès, du moins a-t-il pris soin de ne pas réveiller le scandale assoupi. Du faisceau de ses succès d'audience il a arraché sans hésiter les palmes les plus brillantes, de crainte que l'écho même de tous ces succès ne vint froisser quelque susceptibilité, renouveler quelque douleur, rouvrir quelque blessure. Il n'a laissé à la publicité que ce qu'il ne pouvait lui ravir.

Il faut louer sans réserve pareil désintéressement, pareille abnégation.

Dans ce monde, où l'on n'accorde d'ordinaire aux gens que la valeur qu'ils se donnent à eux-mêmes, combien est-il d'hommes assez fortement trempés pour soustraire à l'attention du public,

les plus précieuses de leurs œuvres, et pour faire tomber, de leurs propres mains, quelques assises de l'édifice toujours attaqué de leur renommée. Il est tant d'impuissants que le talent offusque, tant d'envieux que le succès irrite, que la modestie blesse comme une épigramme, que la vertu même offense comme une leçon. Chacun, à côté de soi, trouve tant d'adversaires prêts aux jours mauvais à aggraver la tristesse, ou à exaspérer la douleur, à rendre l'échec plus amer, à empoisonner le succès aux jours heureux ou à enfiéler la louange, qu'il ne faut pas s'étonner de voir chacun céder, sinon au désir de grandir au-delà de la mesure, le soin et l'éclat de sa renommée, du moins de réagir contre la malveillance des uns ou l'indifférence voulue des autres.

Si l'on rencontre sur son chemin tant de braves gens, nous ne dirons pas, bien entendu d'avocats, car, comme l'écrivit La Fontaine,

- Le mal se rend chez eux au quadruple du bien,
- Les daubeurs ont leur tour d'une ou d'autre manière.
  - Vous êtes dans une caverne
  - Où l'on ne pardonne rien... •

qui disent ou qui essayent de faire dire du bien d'eux-mêmes, c'est qu'à côté d'eux, devant eux, derrière eux surtout, ils savent que leurs ennemis toujours, leurs amis, quelquefois, tiennent école de dénigrement. Dans la bonne opinion que chacun professe pour soi, les uns tout haut, les autres plus bas avec plus d'adresse, de tact, il y a le plus souvent moins d'orgueil que de réaction involontaire contre la malice ordinaire du prochain. Mieux valent en somme les charlatans que les hypocrites. Et puis, enfin, ils sont peu nombreux ceux qui ont assez de titres à la faveur ou à l'attention publique pour pouvoir sans méchef en supprimer quelques-uns et rester encore au premier rang. Il ne faut pas demander à l'humaine nature plus qu'elle ne peut donner. Et s'il importe de flétrir la réclame, il ne faut pas se montrer trop sévère pour ceux qui sur le compte rendu plus ou moins réservé de leurs succès passés ou présents prétendent étayer l'édifice de leurs succès à venir.

Mais honneur en tous cas à ceux qui ont l'âme assez fortement trempée pour suivre d'autres errements et pratiquer d'au-



tres principes. Honneur à ceux qui à cette époque de désarroi moral que nous traversons, où l'intérêt personnel est plus que jamais le mobile de toutes les actions, n'oublient pas que le devoir étroit de l'avocat est de n'avoir jamais souci de lui même, de ne penser qu'au client; que cette obligation de désintéressement, d'abnégation personnelle ne cesse pas au jour de l'audience, qu'elle va, par de là le procès fini, et que nulle satisfaction au monde ne vaut celle que donne la conscience d'avoir épargné par la plus louable des réserves, au client, sinon à l'adversaire même, les douleurs ou les hontes que peut entraîner avec elle la publication nouvelle des débats d'un procès éteint.

Les scrupules professionnels de M. Rousse ont ravi à notre admiration quelques-uns des modèles d'éloquence judiciaire sur lesquels nous comptions, mais en échange de ses plaidoyers, l'ancien bâtonnier de 1871 a donné un exemple de discrétion exquise auquel faut d'autant moins ménager la louange qu'il a, dans ce monde et de notre temps, moins de chance d'être suivi et imité.

Le succès ne vient plus guère, M. Rousse l'a dit, à ceux qui l'attendent en philosophes; la fortune se laisse aller à ceux qui vont au devant d'elle, sollicitent ses faveurs et lui forcent la main.

Mieux vaudrait d'autres pratiques.

Qui donc le nierait! Mais, (et c'est bien triste à dire), malgré le noble exemple de M. Rousse, ces pratiques là ne sont peut-être pas tout près de changer.

GABRIEL DEBACQ.

---

*L'Editeur-Gérant : F. PICHON.*

---



# TABLE PAR ORDRE DES MATIÈRES

## DROIT CIVIL.

	Pages.
Des dommages causés au locataire par le fait du propriétaire voisin, par <i>M. L. Guillaouard</i> .....	43
De quelques modifications urgentes à la législation du notariat, par <i>M. H. Lespinasse</i> .....	193
Essai sur la nature de la pétition d'hérédité en droit français, par <i>M. A. Pillet</i> .....	208
Les biens d'une succession mobilière échue à une femme mariée sous le régime de la communauté, tombent-ils en communauté lorsque la succession est acceptée avec l'autorisation de la justice, par <i>M. Regclsperger</i> .....	228
Examen doctrinal, jurisprudence civile, année judiciaire 1882-1883, par <i>M. Ch. Massigli</i> .....	241
Des dons ou legs faits à des successibles en cas de réserve légale, par <i>M. Léopold Thézard</i> .....	282, 350, 528
La théorie des statuts, dans le Code civil, par <i>M. Frantz Despaquet</i> .....	487
Examen doctrinal, jurisprudence civile, année judiciaire 1882-1883, par <i>M. Paul Pont</i> .....	513
L'exception de jeu (art. 1965 et 1966, C. civ.), par <i>M. Alfred de Courcy</i> .....	560
La vérité sur la recherche de la paternité, par <i>M. Léon Giraud</i> ... ..	590, 672
Examen doctrinal, jurisprudence civile, année judiciaire, 1882-1883, par <i>M. J.-E. Labbé</i> .....	641
De la loi du 5 janvier 1883, sur les risques locatifs (art. 1734 du C. civ.), par <i>M. A. Batbie</i> .....	736
Examen de la question de revendication en cas de paiement indu, par <i>M. Coulon</i> .....	745

## DROIT COMMERCIAL, MARITIME ET INDUSTRIEL.

De l'importance et de la difficulté de l'appréciation du fait, par <i>M. Saintelette</i> .....	178
Examen doctrinal, jurisprudence commerciale, année judiciaire 1882-1883, par <i>M. Ch. Lyon-Caen</i> .....	305
Un singulier contraste. L'exagération des valeurs assurées, par <i>M. Alfred de Courcy</i> .....	334
Examen doctrinal, jurisprudence de droit maritime et de droit industriel, par <i>M. E. Thaller</i> .....	369

## DROIT CRIMINEL.

Examen doctrinal, jurisprudence criminelle, année judiciaire 1882-1883, par <i>M. Albert Desjardins</i> .....	65
Lettre à M. Bardoux sur la suppression de la publicité des exécutions capitales et de la nécessité d'une peine nouvelle pour les cas de commutation de la peine de mort, par <i>M. Ch. Lucas</i> ...	473
De la plainte de la partie civile devant le juge d'instruction, par <i>M. Henri Pascaud</i> .....	567

## DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

Examen doctrinal, jurisprudence administrative, année judiciaire 1882-1883, par <i>M. E. Wallon</i> .....	1, 449
Remarques sur la théorie des domaines, par <i>M. H. Barckhausen</i> ...	30

## DROIT INTERNATIONAL ET LÉGISLATION COMPARÉE.

Les Codes français au Japon, par <i>M. F. Larnaude</i> .....	93
Comment doit être déterminé le délai de la prescription extinctive des obligations, en droit international privé, par <i>M. A. Méri-gnhac</i> .....	113
Le nouveau projet de Code pénal pour le royaume d'Italie et le nouveau Code pour le royaume des Pays-Bas, par <i>M. G. Comiac</i> .....	170

	Pages.
Code pénal russe, projet de la commission de rédaction, par <i>M. Albert Desjardins</i> .....	397
Examen doctrinal du droit international, année 1883, par <i>M. L. Renault</i> .	705
ENREGISTREMENT.	
Examen doctrinal, jurisprudence en matière d'enregistrement, année judiciaire 1882-1883, par <i>M. Ch. Testoud</i> .....	145
HISTOIRE DU DROIT.	
L'histoire externe du droit, par <i>M. Maurice Hauriou</i> .....	579
LÉGISLATION FINANCIÈRE.	
Qu'est-ce que le billet de banque? par <i>M. A. Batbie</i> .....	272
BIBLIOGRAPHIE.	
Die Njalsage insbesondere in ihren juristischen Bestandtheilein. Ein kritischer Beitrag zur altnordischen Rechts und Literaturgeschichte, von <i>Karl Lehmann</i> und <i>Hans Schnorr von Carolsfeld</i> ; compte rendu par <i>M. Henry Monnier</i> .....	58
L'édit perpétuel restitué et commenté par <i>M. Louis Jousserandot</i> ; compte rendu par <i>M. Henri Pascaud</i> .....	138
Les Institutions politiques des Romains, ou exposé une historique des règles de la constitution et de l'administration romaine depuis la fondation de Rome jusqu'au règne de Justinien, par <i>M. J. B. Mispoulet</i> ; compte rendu par <i>M. G. May</i> .....	141
Traité des contrats relatifs à l'hypothèque de la femme mariée, par <i>M. Alexandre Mérignhac</i> ; compte rendu par <i>M. Léon Duguit</i> .	237
La condition des personnes d'après le droit coutumier français, par <i>M. Henri Beaune</i> ; compte rendu par <i>M. Desprez</i> .....	302
Institutions municipales et provinciales comparées, par <i>M. H. de Ferron</i> ; compte rendu par <i>M. Léon Aucoc</i> .....	358
Histoire des justices des anciennes églises et communautés monastiques de Paris, suivie des registres inédits de St Maur-des-Fossés, Ste Geneviève, St. Germain-des-Prés et du registre de St. Martin-des-Champs, par <i>M. L. Tanon</i> ; compte rendu par <i>M. A. Esmein</i> .....	362
Du droit du chasseur sur le gibier, par <i>M. Villequez</i> ; compte rendu par <i>M. Aumaitre</i> .....	367
Traité élémentaire de droit public et administratif, par <i>M. J. B. Simonet</i> ; compte rendu par <i>M. Brémont</i> .....	432
Le droit international de l'Europe, par <i>M. A.-G. Hefster</i> ; Traité de de droit international, par <i>M. F. de Martens</i> ; compte-rendu par <i>M. Georges Lebret</i> .....	436
Les Pays libres, leur organisation et leur éducation d'après la législation comparée, par <i>M. Joseph Ferrand</i> ; compte rendu par <i>M. Eugène Poiré</i> .....	444
Le Code penal des Pays-Bas (3 mars 1881), par <i>M. J. Wintgens</i> ; compte rendu par <i>M. Albert Arnal</i> .....	507
Précis de droit civil, par <i>M. C. Baudry-Lacantinerie</i> ; compte rendu par <i>M. Ch. Testoud</i> .....	633
Commentaire de la loi du 25 ventôse an XI organique du notariat et sur les lois et principes du droit civil qui s'y rattachent, par <i>M. Albert Aminaud</i> ; compte rendu par <i>M. J.-E. Labbé</i> .....	687
Précis de droit commercial, par <i>MM. Lyon-Caen et Renault</i> ; compte rendu par <i>M. Ch. Testoud</i> .....	691
Questions nouvelles sur les sociétés commerciales étudiées d'après la doctrine et la jurisprudence, par <i>M. Rodolphe Rousseau</i> ; compte rendu par <i>M. Ch. Lyon-Caen</i> .....	703
Discours, plaidoyers et œuvres de <i>M. Edmond Rousse</i> , recueillis et publiées par <i>M. Fernand Worms</i> ; compte rendu par <i>M. G. Debacq</i> .	753

# TABLE PAR NOMS D'AUTEURS

MM.		Pages
ARNAL	Code Pénal des Pays-Bas (3 mars 1881), traduit par <i>M. J. Wingens</i> .....	507
AUCOC	Institutions municipales et provinciales comparées, par <i>M. H. de Ferron</i> .....	358
AUMAITRE	Du droit du chasseur sur le gibier, par <i>M. Villequez</i>	367
BARCKHAUSEN	Remarques sur la théorie des domaines.....	30
BATBIE	Qu'est-ce que le billet de banque?.....	272
—	De la loi du 5 janvier 1883, sur les risques localifs (art. 1734, C. civ.).....	736
BRÉMOND	Traité élémentaire de droit public et administratif, par <i>M. J.-B. Simonet</i> .....	432
CONIAC	Le nouveau projet de Code pénal pour le royaume d'Italie et le nouveau Code pour le royaume des Pays-Bas.....	170
COULON	Examen de la question de revendication en cas de paiement indu.....	745
COURCY (DE)	Un singulier contraste. L'exagération des valeurs assurées.....	334
—	L'exception de jeu (art. 1965 et 1966, C. civ.).....	560
DEBACQ	Discours, plaidoyers et œuvres de <i>M. Edmond Rousee</i> , recueillis et publiés par <i>M. Fernand Worms</i> .....	753
DESJARDINS	Examen doctrinal, jurisprudence criminelle, année judiciaire 1882-1883.....	65
—	Code pénal russe, projet de la commission de rédaction.....	397
DESPAGNET	La théorie des statuts dans le Code civil.....	487
DESPREZ	La condition des personnes d'après le droit coutumier français, par <i>M. Henry Beaune</i> .....	302
DUGUIT	Traité des contrats relatifs à l'hypothèque de la femme mariée, par <i>M. Alexandre Mérignhac</i> .....	237
ESMEIN	Histoire des justices des anciennes églises et communautés monastiques de Paris, suivie des registres inédits de Saint-Maur-des-Fossés, Sainte-Geneviève, Saint-Germain-des-Prés et du registre de Saint-Martin-des-Champs, par <i>M. L. Tanon</i> .....	362
GIRAUD	La vérité sur la recherche de la paternité.....	590
GUILLOUARD	Des dommages causés au locataires par le fait du propriétaire voisin.....	43
HAURIQU	L'histoire externe du droit.....	579
LABBÉ	Examen doctrinal, jurisprudence civile, année judiciaire 1882-1883.....	641
—	Commentaire de la loi du 25 ventôse an XI organique du notariat et sur les lois et principes du droit civil qui s'y rattachent, par <i>M. Albert Amiaud</i> .....	687
LARNAUDE	Les Codes français au Japon.....	93
LEBRET	Le droit international de l'Europe, par <i>M. A. C. Heffter</i> . Traité de droit international par <i>M. F. de Martens</i> .....	436

MM.	Pages.
LESPINASSE.....De quelques modifications urgentes à la législation du notariat.....	193
LUCAS.....Lettre à M. le sénateur Bardoux sur la suppression de la publicité des exécutions capitales et la nécessité d'une peine nouvelle pour les cas de commutation de la peine de mort.....	473
LYON CAEN.....Examen doctrinal, jurisprudence commerciale, année judiciaire 1882-1883.....	305
— Questions nouvelles sur les sociétés commerciales, étudiées d'après la doctrine et la jurisprudence, par <i>M. Rodolphe Rousseau</i> .....	703
MASSIGLI.....Examen doctrinal, jurisprudence civile, année judiciaire 1882-1883.....	241
MAY.....Les institutions politiques des Romains, ou exposé historique des règles de la constitution et de l'administration romaines depuis la fondation de Rome jusqu'au règne de Justinien.....	141
MÉRIGNHAC.....Comment doit être déterminé le délai de la prescription extinctive des obligations en droit international privé.....	113
MONNIER.....Die Njalsage insbesondere in ihren juristischen Bestandtheileiv. Ein Kritischer Beitrag zur altnordischen Rechts und Literaturgeschichte, von <i>Karl Lehmann und Ha: Schnorr von Carolsfeld</i> .....	58
PASCAUD.....L'édit perpétuel restitué et commenté, par <i>M. Louis Jousserandot</i> .....	138
— De la plainte de la partie civile devant le juge d'instruction.....	567
PILLET.....Essai sur la nature de la pétition d'hérédité en droit français.....	208
POIRÉ.....Les Pays libres, leur organisation et leur éducation d'après la législation comparée, par <i>M. Joseph Ferrand</i> .....	444
PONT.....Examen doctrinal, jurisprudence civile, année judiciaire 1882-1883.....	513
RÉGELSPERGER.....Les biens d'une succession mobilière échue à une femme mariée sous le régime de la communauté; tombent-ils en communauté, lorsque la succession est acceptée avec l'autorisation de justice.....	228
RENAULT.....Examen doctrinal de droit international, année 1883.	705
SAINTELETTE.....De l'importance et de la difficulté de l'appréciation du fait.....	178
TESTOUD.....Examen doctrinal, jurisprudence civile, année judiciaire 1882-1883.....	145
— Précis de droit civil, par <i>M. Baudry-Lacantinerie</i> .....	633
— Précis de droit commercial par <i>MM. Lyon-Caen et Renault</i> .....	691
THALLER.....Examen doctrinal, jurisprudence de droit maritime et de droit industriel, année judiciaire 1882-1883.	369
THÉZARD.....Des dons et legs faits à des successibles en cas de réserve légale.....	282, 350, 528
WALLON.....Examen doctrinal, jurisprudence administrative, année judiciaire 1882-1883.....	1, 449









